

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUDMILA SOMENSI

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NO
DIREITO DO TRABALHO**

**CURITIBA
2010**

LUDMILA SOMENSI

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NO
DIREITO DO TRABALHO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Aldacy Rachid
Coutinho

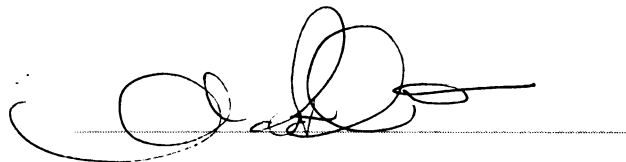
**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

LUDMILA SOMENSI

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

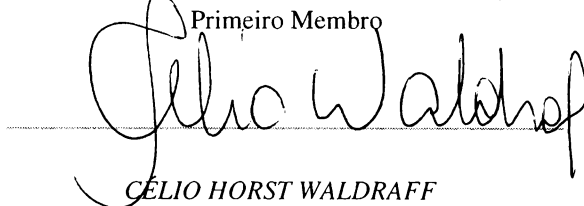
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



ALDACY RACHID COUTINHO
Orientador



FÁBIO DE ALMEIDA REGO CAMPINHO
Primeiro Membro



CÉLIO HORST WALDRAFF
Segundo Membro

“Para o homem ele disse: Porque ouviste a voz da mulher e comeste do fruto da árvore que eu te havia proibido comer, maldita seja a terra por tua causa. Tirarás dela com trabalhos penosos o teu sustento todos os dias de tua vida. Ela te produzirá espinhos e abrolhos, e tu comerás a erva da terra. Comerás o teu pão com o suor do teu rosto, até que voltes à terra de que foste tirado; porque és pó, e em pó te hás de tornar”.

Gênesis, 3, 17-19

RESUMO

Esta monografia tem por objeto de estudo a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua utilização no Direito do Trabalho. A pesquisa parte do exame da pessoa jurídica, a partir dos estudos do jurista José Lamartine Corrêa de Oliveira. Analisa a gênese de um instituto que corrija eventual mau uso da pessoa jurídica. Com uma análise jurisprudencial, evidencia a utilização sem limites da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pelos tribunais pátrios. O estudo procura delimitar seus parâmetros, através do proposto pelo Código Civil, Lei 10.406 de 2002. Conclui que esta disciplina legal não se aplica, necessariamente, ao Direito do Trabalho; haja vista a peculiaridade do crédito discutido e, ainda, a autonomia deste ramo, com princípios que justificam sua independência.

Palavras-chave: Pessoa jurídica. Teoria da desconsideração. Personalidade jurídica. Código Civil. Direito do Trabalho. Crédito trabalhista.

ABSTRACT

The object of study of this monograph is the disregard of legal entity theory and its use in the Labor Law. The research begins in the examination of the legal entity, from studies of the jurist José Lamartine Corrêa de Oliveira. From there, analyzes the genesis of an institute that corrects eventual misuse of legal entity. With a jurisprudential analysis, emphasizes the utilization without limits of the disregard of legal entity theory by national courts. The study seeks to delimit its parameters, through the proposed by the Civil Code, Law 10.406 from 2002. Concludes that this legal discipline does not apply, necessarily, to the Labor Law; given the peculiarity of the discussed credit and, yet, the autonomy of this branch, with principles that justify their independence.

Keywords: Legal entity. Disregard theory. Legal entity. Civil Code. Labor Law. Labor credit.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 8

2 O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA..... 9

2.1 A PESSOA JURÍDICA..... 9

2.2 LAMARTINE, A CRISE DE FUNÇÃO..... 15

2.3 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA..... 19

3 A UTILIZAÇÃO DA TEORIA NO DIREITO BRASILEIRO 25

3.1 A INDEFINIÇÃO DOS CRITÉRIOS..... 25

3.2 OS PARÂMETROS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA..... 28

3.3 INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE 35

3.4 A ATUAL APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO..... 38

3.4.1 No Direito Tributário 39

3.4.2 No Direito do Trabalho 41

3.5 CRÍTICA 45

4 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO E A JUSTIÇA DO TRABALHO..... 49

4.1 CARÁTER ALIMENTAR DO CRÉDITO TRABALHISTA 49

4.2 A SISTEMÁTICA DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO 54

4.3 UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS 63

5 CONCLUSÃO 68

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 71

LEGISLAÇÃO CONSULTADA..... 77

1 INTRODUÇÃO

A desconsideração da personalidade jurídica é tema cujo estudo foi aprofundado por inúmeros estudiosos dos mais diversos campos do Direito. Sua aplicação é alvo de inúmeras críticas, sobretudo quando utilizada no Direito do Trabalho. Procurar-se-á entender seu escopo nesse ramo do ordenamento jurídico.

Primeiramente, far-se-á uma exposição do instituto da pessoa jurídica, através de uma breve análise histórica acerca da sua conceituação. Analisar-se-á a dupla crise da pessoa jurídica, proposta por José Lamartine Corrêa de Oliveira, e a relativização do princípio da autonomia patrimonial do ente coletivo e seus membros. Diante da crise de função, analisar-se-á a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, bem como sua previsão no ordenamento jurídico pátrio.

Após examinado o conceito de teoria da desconsideração construído pelos doutrinadores, ver-se-á a indefinição dos critérios que autorizam sua utilização, refletida tal dúvida na jurisprudência brasileira. Trar-se-á a definição do artigo 50 do Código Civil de 2002 que, ao menos intencionalmente, procurou imprimir pressupostos de caráter restritivo, buscando limitar a aplicação da teoria em apreço.

Discorrer-se-á, por conseguinte, acerca da utilização atual da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Justiça do Trabalho a partir da casuística, que a faz sem critérios, ignorando o seu caráter excepcional.

Abordadas essas questões, far-se-á uma apreciação da utilização da teoria à luz dos institutos do Direito do Trabalho. Procurar-se-á demonstrar sua inaplicabilidade, haja vista as soluções já existentes no ordenamento jurídico trabalhista.

Se a crítica existente é quanto à utilização da teoria da desconsideração para se chegar ao crédito trabalhista, a solução é não utilizá-la. E o ordenamento possui ferramentas para tanto. Dessa forma, manter-se-á a teoria em caráter excepcional e alcançar-se-á o crédito de natureza alimentar.

2 O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

2.1 A PESSOA JURÍDICA

É imprescindível o conhecimento da história de um instituto para se atingir um grau de compreensão da sua atual conformação. Não há como se entender as suas características sem o estudo das razões de sua concepção e da forma como sua utilização se difundiu no tempo.

A fim de se compreender o instituto da desconsideração da pessoa jurídica, far-se-á a análise da pessoa jurídica, propriamente, demonstrando quão grande foi o esforço para sua conceituação. Superar a visão de que não só o homem seria sujeito de direitos foi resultado de um processo que levou séculos. A união de esforços a fim de alcançar objetivos comuns se mostrou necessária a uma sociedade que se tornava cada vez mais complexa. Tendo-se em vista uma figura tão presente e necessária, coube ao Direito regulamentá-la.

Interessante observar que a origem desse instituto é social e não jurídica. Conforme teoriza Francisco Amaral, a pessoa jurídica é um conjunto de pessoas ou bens que o ordenamento jurídico reconhece como sujeitos de direito¹. Sua existência se justifica na precisão ou no interesse da conjugação de recursos de natureza intelectual ou material para um mesmo fim.

Na busca por um exame da pessoa jurídica em seus diferentes momentos, remete-se à obra de José Lamartine Corrêa de Oliveira, paradigma para tal estudo, em tese para concurso de livre docência na Universidade Federal do Paraná². Ainda em

¹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 275.

² CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. **Conceito da pessoa jurídica**. Tese apresentada ao concurso de livre docência de Direito Civil, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1962.

1962, o autor destaca, logo no primeiro capítulo da tese, a divergência quanto à existência de um conceito para pessoa jurídica. Faz uma análise histórica da origem da pessoa jurídica e das teorias sobre sua conceituação, que foram expostas em doutrinas individualistas, da existência das realidades coletivas e doutrinas normativistas. A superação constante de dogmas foi necessária para se alcançar uma descrição jurídica satisfatória. As discussões e posicionamentos divergentes foram fundamentais para a presente conceituação.

No direito romano não há uma diferenciação propriamente dita, utiliza-se pessoa com diversos significados, ora como homem, ora com entidade coletiva dotada de capacidade. Tem-se uma equiparação de determinados organismos sociais ao ser humano com o intuito de se relacionarem com terceiros. Um ente tratado como se homem fosse perante terceiros. Embora os romanos tenham conhecido tal fenômeno, não alcançaram um conceito. Os germânicos nessa época não chegaram nem mesmo a idealizar tal fenômeno, eis que raciocinavam sempre em comunhão de mãos juntas³.

A Igreja Católica trouxe o primeiro esboço de uma conceituação teórica⁴. Tal idéia advém da busca pela definição da Igreja, como uma abstração, uma entidade, como algo que não se confundiria com os fiéis⁵. A expressão pessoa ficta foi usada pelo Papa Inocêncio IV, a fim de responsabilizar cidades e vilas que se revoltavam contra o soberano.

Foi através de Savigny, expoente do pensamento pandectista do século XIX, com a tese da ficção legal, que se pode começar a falar em teoria da pessoa jurídica⁶. De acordo com o autor, a pessoa jurídica é um ente ficto criado artificialmente pelo Estado. Precursor das chamadas teorias individualistas, que viam o homem como único sujeito de direitos, Savigny considerava que somente o homem seria detentor de capacidade.

No entanto, se à lei é dado o poder de modificar, limitando ou estendendo atributos, como, por exemplo, negar aos escravos a capacidade, ou dar personalidade

³ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. **Conceito da pessoa jurídica**. p. 17.

⁴ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem*. p. 23.

⁵ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 3. ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 165.

⁶ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Op.cit.* p. 23.

a certos entes criados por ficção, a capacidade também seria estendida a estes⁷. A pessoa jurídica, nesse sentido, existiria *apenas* para fins jurídicos⁸, detentora de capacidade patrimonial. Uma “criação artificial da lei para exercer direitos patrimoniais; pessoa puramente pensada, mas não realmente existente”⁹.

Segundo J. Lamartine Corrêa de Oliveira, faltava às teorias individualistas a sapiência de que não somente o homem era sujeito de direitos. Tais teses seriam a revelação de um espírito individualista, que visavam somente o indivíduo e o Estado¹⁰. O poderio deste em conceder personalidade jurídica a entes jurídicos resulta num positivismo em que se admite apenas o subsumível da realidade à norma, nada além desta ou diferente. Aduz ainda que, através da teoria da ficção legal, pode se chegar a uma arbitrariedade por parte do Estado, “seu poder seria ilimitado, e poderia conceder a personalidade jurídica (por que não?) a rebanhos de animais ou até mesmo a seres inanimados”¹¹. De qualquer forma, apesar dos defeitos, a teoria da ficção legal subsistiu por um bom tempo, haja vista responder aos anseios de uma sociedade individualista e de um Estado como ente necessário, oportuna e lógica às necessidades políticas do momento¹².

Não atingindo o objetivo de definir a pessoa jurídica envolta em toda sua complexidade, sobrevieram as teorias que admitem a existência de realidades coletivas. Para Otto Von Gierke, principal expoente da teoria da realidade, o grupo seria um fato social, um organismo tão vivo quanto o próprio homem e, portanto, também titular de direitos. Ao contrário do preconizado por Savigny, este ente coletivo existiria independentemente do Estado. A este caberia o papel de constatar a existência do grupo coletivo.

Cada indivíduo destacaria uma parte de sua personalidade para o todo. A pessoa coletiva estaria em ligação com seus membros, não se contrapondo a eles. J.

⁷ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. **Conceito da pessoa jurídica**. p. 30.

⁸ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem, Ibidem*.

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.130.

¹⁰ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Op.cit.*. p. 37.

¹¹ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem*. p. 35.

¹² CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem*. p. 37.

Lamartine Corrêa de Oliveira, ao fazer menção à obra de Gierke, salienta, “grupo unido internamente, construindo em si mesmo um Todo, por seu próprio poder, com capacidade tanto para gozo dos direitos quanto para a ação, e ainda, ao mesmo tempo, assegurando a cada membro individual sua própria esfera de atividade separada na comunidade”¹³. É um ente orgânico que se manifesta através de uma vontade coletiva e, pelo seu surgimento espontâneo, possuiria realidade própria.¹⁴ Quanto à capacidade, seria idêntica a das pessoas naturais.

Francesco Ferrara¹⁵ critica a tese de Gierke por acreditar que a pessoa jurídica não seria titular de vontade própria; a vontade seria decorrência do fenômeno psíquico de seres humanos. No entanto, apesar da crítica, não se pode ignorar o papel fundamental de tal teoria. Atribuíram à pessoa jurídica “vida autônoma e vontade própria”¹⁶. O avanço no sentido de se desvincular do papel criativo do Estado vem com um retrocesso ao dar ao ente uma vontade própria. Para J. Lamartine Corrêa de Oliveira, a autonomia jurídica dos grupos não pode ser explicada pela vontade coletiva, eis que é influenciável pelas vontades individuais, segue-as¹⁷, não seria, portanto, autônoma.

O terceiro grupo, os normativistas, procura entender a pessoa jurídica ignorando qualquer tendência sociológica, social, filosófica ou política, num conceito puramente jurídico.

Com os positivistas integrais, nas palavras de J. Lamartine Corrêa de Oliveira¹⁸, a pessoa jurídica é desprovida de qualquer tendência extrajurídica. A definição é buscada através da norma jurídica. Lamartine refuta o positivismo, para este autor faz-se necessária a ligação entre Moral e Direito¹⁹. Hans Kelsen é o maior precursor de tal

¹³ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. **Conceito da pessoa jurídica**. p. 61.

¹⁴ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem. Ibidem*.

¹⁵ Citado por Lamartine. *Idem*. p. 64 e 65.

¹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. p. 131.

¹⁷ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Op.cit.* p. 65.

¹⁸ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem*. p. 69.

¹⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Pessoa jurídica: por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira hoje?. Monografia vencedora do Concurso de Monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira. In: CASTRO, Rodrigo Pironte Aguirre de (org). **Concurso de monografias prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira**. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005. p. 10.

grupo. Buscou a definição de institutos jurídicos sem auxílio do que não estivesse posto na lei. Para Kelsen, sujeito de um dever jurídico é um indivíduo que pode provocar ou evitar uma sanção. Da mesma forma, os direitos não pertencem à entidade, mas aos indivíduos que a compõem. “O que se chama pessoa, em direito, nada mais é do que o ponto de referência de um conjunto de normas jurídicas”²⁰.

O posicionamento de J. Lamartine Corrêa de Oliveira se fundamenta na concepção institucionalista, em que a analogia aplicada antes da norma é usada há tempos para a noção de pessoa jurídica²¹. Dentre os institucionalistas franceses, destaca-se Hauriou, que parte de uma análise filosófica para a conceituação, haja vista que os elementos jurídicos não seriam satisfatórios²². Como amparo neste jurista, aquele preconiza que as normas advêm das instituições, e não ao contrário. Numa tarefa de fidelidade à realidade. A personalidade moral era um fenômeno resultante da circunstância de que em algumas instituições o poder organizado e as manifestações de comunhão dos membros do grupo interiorizam-se dentro do quadro da idéia própria de instituição. “A personalidade moral é, portanto, real. E dela deriva a realidade da personalidade jurídica”²³, um aperfeiçoamento da personalidade moral.

Para Rénard, a noção de instituição não pode ser a mesma de pessoa, quando esta é aplicada ao homem²⁴. J. Lamartine Corrêa de Oliveira destaca que sua posição se aproxima muito da idéia deste autor. “Com Rénard, mais ainda do que com Hauriou”²⁵. Rénard parte, outrossim, para um pensamento teleológico; disciplina que as instituições de maior potencialidade receberiam o nome de *peçoas morais*, que adviriam da união ordenada de homens a fim de realizar um desejo único, expressão de uma só vontade e uma só ação²⁶.

Com muita propriedade, Rodrigo Xavier Leonardo defende:

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 326.

²¹ CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 16.

²² CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. **Conceito da pessoa jurídica**. p. 131.

²³ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. **A dupla crise da pessoa jurídica**. p. 13.

²⁴ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem*. p. 16.

²⁵ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. **Conceito da pessoa jurídica**. p. 142.

²⁶ Georges Rénard citado por Lamartine em **A dupla crise da pessoa jurídica**. p. 17.

Na sociedade, integrada por seres vivos e por instituições, apenas o homem seria titular de todas as características *ontológicas* que justificariam a atribuição de *personalidade*. Nessa perspectiva, algumas instituições alcançariam um nível tão elevado de organização e expressão real em sociedade que passariam a ter uma existência diferenciada em face de todas as demais pessoas, ou seja, 'existiriam *erga omnes*' como as pessoas humanas²⁷.

René Clémens parte de uma diretriz: a de agrupamento de homens formando uma unidade estabelecida entre eles²⁸. "A união da matéria e de forma produz um todo individualizado"²⁹. O homem como órgão para dar origem ao grupo. E como membro não deixa de ser pessoa.

Para J. Lamartine Corrêa de Oliveira, portanto, a pessoa jurídica é realmente pessoa e não ficticiamente³⁰. É pessoa de modo analógico à pessoa humana, o que significa dizer que apesar de haver distinções, assemelhar-se-iam em características essenciais³¹. "(...) Como a pessoa humana, ela é um ser. E, mais, como a pessoa humana, ela é indivisa, individual. É permanente, (...) possui independência externa. No entanto, a pessoa jurídica não é substancial. Depende dos seres humanos para existir. É um ser accidental"³², ou seja, como complemento ou acabamento de outro ser.

Diante do exposto, conclui-se que a pessoa jurídica é um ente coletivo dotado de realidade distinta dos seres humanos, é sujeito de direito e autônomo. A pessoa jurídica não seria assim, mero instrumento técnico. O papel da lei é de reconhecer

²⁷ LEONARDO, R. X. Pessoa jurídica: por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira hoje?. p. 20.

²⁸ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. **Conceito da pessoa jurídica**. p. 142 e 143.

²⁹ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem*. p. 143.

³⁰ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem*. p. 164.

³¹ "É pessoa, portanto. Mas não no sentido pleno da palavra e sim por analogia". CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem*. p. 165.

³² CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem*. p. 164. "Sempre entendemos ser a *pessoa jurídica* realidade analógica ao ser humano. Como a pessoa humana, é um *ser*, dotado de *individualidade*, *permanente*, pois que a entrada e saída de sócios ou associados ou de administradores não lhe altera o ser, dotado de *independência externa*, porém não substancial, como a pessoa humana, que existe *per se*, mas *accidental*, pois que depende, para existir, dos seres humanos, que *estão sob (sub stant)* sua existência". (grifou-se). CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. **A dupla crise da pessoa jurídica**. p. 18.

juridicamente uma realidade pré-existente; é a oportunidade que possui o Estado para negar o reconhecimento a grupos sociais que são contrários ao Bem Comum³³.

2.2 LAMARTINE, A CRISE DE FUNÇÃO

A dupla crise, proposta por J. Lamartine Corrêa de Oliveira, dar-se-ia, num primeiro momento, quanto ao reconhecimento do instituto da pessoa jurídica, e em outro, com relação à função desse instituto. Na obra *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, o autor discorreu acerca de uma inadequação das teorias com a finalidade de explicar o fenômeno da personificação, eis que, a incidência da norma à realidade não se verificaria. E diante de um fato existente, acabamos não encontrando perfeito encaixe no plano da validade. Dessa forma, haja vista o “descompasso entre a *realidade ontológica* dos agrupamentos sociais e o *tratamento jurídico* por eles recebido, seria perceptível uma dupla crise, pertinente ao reconhecimento e à função dessas entidades”³⁴.

O legislador se depara com realidades pré-normativas no plano fático, e com a necessidade de juridicizá-las. A incidência da norma a esse fato depende do sistema que integra. Desse modo,

Por mais que seja – e mais bem sucedido – o esforço do legislador em bem apreender a realidade, sempre existe margem para equívocos, ou, ao longo do tempo, para alterações da realidade social que façam tornar-se superada a descrição normativa adequada. Quando a *norma* não mais qualifica adequadamente o *ser* que regula, o *sistema* entra em crise³⁵.

A primeira crise tem relação com a criação normativa.

³³ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. **Conceito da pessoa jurídica**. p. 169.

³⁴ LEONARDO, R. X. Pessoa jurídica: por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira hoje?. p. 21.

³⁵ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. **A dupla crise da pessoa jurídica**. p. 607.

Para José Lamartine Corrêa de Oliveira, a pessoa jurídica é um instituto a que se atribui a função de conciliar dois grupos de interesses postos em conflito³⁶, quais sejam, a limitação dos riscos dos membros de uma sociedade, e a possibilidade de se desatarem desta, e o interesse na conservação do grupo, a fim de se atingir o interesse comum visado. Nesse sentido, Ottmar Kuhn, ao explicar essas necessidades opostas definiu que haveria uma autonomização³⁷ do grupo perante seus membros. Independência esta manifestada na emancipação de uma organização e patrimônio destinados aos fins do grupo formado³⁸, em detrimento a cada ente individual, a fim de limitação dos riscos da atividade a cada patrimônio.

A limitação da responsabilidade é a expressão máxima do princípio da separação entre pessoa jurídica e seus membros³⁹.

Muito embora para os autores alemães pareça ser lógica a decorrência de que da personalidade jurídica adviria a limitação de responsabilidade ao patrimônio, eis que o direito germânico é aderente a concepção maximalista no reconhecimento da personalidade jurídica, quando só admite a responsabilidade de um ente se houver perfeita analogia com a pessoa natural, resultando numa independência de responsabilidade total dos sócios para com a sociedade, Ulrich Drobning esclareceu que limitação e personalidade jurídica não são inseparáveis. No nosso ordenamento há exemplos de pessoas jurídicas em que os membros possuem responsabilidade ilimitada. No entanto, mesmo em sistemas minimalistas, como o brasileiro, a responsabilidade se daria por dívida alheia⁴⁰, haja vista que a responsabilidade seria subsidiariamente imputada⁴¹.

Não obstante a diferença havida entre os sistemas, ao se formar uma pessoa jurídica, os sócios com ela não se confundem. Nesse sentido, a regra do artigo 20 do

³⁶ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. **A dupla crise da pessoa jurídica**. p. 259.

³⁷ *Verselbständigun*, em alemão. CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem*. p. 260.

³⁸ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem*. *Ibidem*.

³⁹ *Trennungsprinzip*, em alemão. CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem*. p. 261.

⁴⁰ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem*. *Ibidem*.

⁴¹ Sociedade em nome coletivo, prevista no art. 1.039 do Código Civil, em que a responsabilidade é ilimitada. Sociedade em comandita simples, em que há responsabilidade ilimitada aos sócios comanditados, art. 1.045 do Código Civil. Em ambas, essa responsabilidade ilimitada é subsidiária.

Código Civil de 1916 ao dispor que “as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros”, permanece ainda como um princípio norteador do sistema civil, nas palavras de Paulo Nader⁴². J. Lamartine Corrêa de Oliveira conclui que a pessoa jurídica é a destinatária de direitos e deveres, distintos do dos sócios. Possuindo patrimônio, nacionalidade, domicílio distinto, entre outros atributos próprios a fim de alcançar a pretensão de sua origem⁴³. Na necessidade de o homem suprir suas carências, a associação veio como figura indispensável. O princípio da separação patrimonial possui o intuito de amenizar o risco inerente a qualquer atividade comercial.

J. Lamartine Corrêa de Oliveira destaca que a crise de função é fenômeno havido em todos os países em que vigora a autonomização entre a pessoa jurídica e seus membros⁴⁴, pois podem os sócios utilizar a pessoa jurídica para finalidades distintas das que justificaram sua formação, como afirma o autor:

[...] o problema é comum à imensa maioria dos países que vivem em sistema capitalista. Pois que – pormenores à parte – em todos esses países a função do instituto ‘sociedade anônima’ ou, com as devidas modificações, do instituto ‘sociedade de responsabilidade limitada’, encontra coordenadas na preocupação de limitação do risco empresarial⁴⁵.

O problema da utilização da pessoa jurídica apontada por J. Lamartine Corrêa de Oliveira é o seu uso em contradição ao preconizado pelo ordenamento jurídico demonstrando uma crise de função da pessoa jurídica de direito privado.

A função seria satisfazer necessidades compatíveis com o ordenamento jurídico, de acordo, outrossim, com este⁴⁶. A pessoa jurídica deve se guiar pelos valores preconizados pelo ordenamento jurídico, estes que, ainda hoje, norteiam o ordenamento na sua conformação atual, a dignidade da pessoa humana, a existência de direitos dos homens, e de igualdade⁴⁷.

⁴² NADER, Paulo. **Curso de direito civil** – parte geral. v. 1. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 233.

⁴³ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. **A dupla crise da pessoa jurídica**. p. 262.

⁴⁴ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem. Ibidem*.

⁴⁵ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem. Ibidem*.

⁴⁶ Lamartine ao definir função conforme ERLINGHAEN. CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem*. p. 259.

⁴⁷ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem*. p. 608.

A função da pessoa jurídica é possibilitar a persecução de atividades produtivas impossíveis de serem atingidas por um único ser humano. Ainda possui a função de limitação dos riscos da atividade empresária, função de estabelecer um vínculo religioso, educacional entre os homens, e, ainda, de destinar bens a interesses sociais⁴⁸. A crise de função seria evidenciada, não do uso das pessoas jurídicas em funções não previstas pelo legislador, e sim quando tais funções não se coadunassem aos valores reitores do ordenamento jurídico. Há necessidade de uma “fidelidade axiológica”⁴⁹.

Para J. Lamartine Corrêa de Oliveira, a personalidade da pessoa jurídica seria reconhecida através de uma analogia ao ser humano. A pessoa jurídica possuiria autonomia plena em relação aos seus sócios. No entanto, diante de práticas abusivas na sua utilização, esse princípio é ignorado, a fim de coibir o seu uso impróprio.

Diante da crise de função da pessoa jurídica, nos casos de abuso na utilização desse instituto tão caro, houve necessidade de se relativizar o princípio da separação, com o intuito de alcançar os responsáveis pelo desvirtuamento da pessoa jurídica. Como bem declarado pelo jurista Rodrigo Xavier Leonardo, a teoria da desconsideração consubstanciaria na “ineficacização parcial da personificação para que a esfera jurídica dos sócios fosse alcançada”⁵⁰.

Portanto, diante das premissas de que a personalidade jurídica da sociedade não se confunde com a personalidade de seus membros, e da existência de uma responsabilidade limitada, faz-se necessário adotar um instrumento adequado para garantir a pessoa jurídica, e evitar o possível desvio de função. A teoria da desconsideração surge, por conseguinte, para atingir a pessoa do sócio, quando utiliza de modo inadequado a pessoa jurídica.

⁴⁸ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. **A dupla crise da pessoa jurídica**. p. 608.

⁴⁹ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem. Ibidem*.

⁵⁰ LEONARDO, R. X. Pessoa jurídica: por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira hoje?. p. 34.

2.3 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A possibilidade de reunir esforços e recursos econômicos para a realização de atividades socialmente relevantes que o indivíduo sozinho não conseguiria alcançá-las resultou na criação de um “centro autônomo de interesses”⁵¹, com o reconhecimento da existência distinta entre a pessoa jurídica e seus membros. Pode-se dizer que uma das funções legítimas da pessoa jurídica é a de limitar os riscos empresariais, estimulando assim o desenvolvimento de atividades econômicas⁵². No entanto, ante a utilização do instituto da pessoa jurídica para finalidades outras daquelas preconizadas, descaracterizando a função de sua gênese, a jurisprudência e a doutrina desenvolveram mecanismos aptos para remediar tal anomalia, protegendo a própria ordem jurídica, seus princípios e sua razão de existência.

J. Lamartine Corrêa de Oliveira, com maestria, defende que:

...as técnicas de *disregard* ou de *durchgriff* são o mais agudo sintoma de crise de função. Elas denunciam a existência de um desvio do instituto – da função que lhe foi assinalada pelo legislador. E, ao mesmo tempo, visam evitar – principalmente ao servirem de inspiração à interpretação de algumas normas legais específicas – o surgimento concreto de novos casos de desvio⁵³.

É através de outro ilustre mestre paranaense que se irá remeter para tratar do instituto da *disregard doctrine*. Rubens Requião inaugurou no Brasil o estudo da desconconsideração da personalidade jurídica⁵⁴. Assim propôs o início desse tema:

Se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas que a compõem, pois são personalidades radicalmente distintas; se o patrimônio da sociedade personalizada é autônomo, não se identificando com o dos sócios (...), seria

⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

⁵² KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. **A desconconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Forense. 1997. p. 67.

⁵³ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. **A dupla crise da pessoa jurídica**. p. 608.

⁵⁴ Em 1969, em conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, por ocasião das comemorações do primeiro centenário de nascimento do Des. Vieira Cavalcanti Filho, fundador da Faculdade e seu primeiro catedrático de Direito Comercial.

então fácil burlar o direito dos credores, transferindo previamente para a sociedade comercial todos os seus bens⁵⁵.

É diante de hipóteses como a apresentada que surge no Direito o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica foi desenvolvida através da jurisprudência norte-americana com o objetivo de impedir a fraude ou abuso cometidos através da pessoa jurídica pelas pessoas naturais que a constituem. Koury indica como *leading case*, a decisão proferida, no ano de 1809, no caso *Bank of United States v. Deveaux*. Segundo Wormser, citado pela autora, “as cortes levantaram o véu e consideraram as características dos sócios individuais”⁵⁶.

Utiliza-se a *disregard of legal entity* no direito norte-americano “quando o conceito de pessoa jurídica é empregado para defraudar credores, evitar uma obrigação existente, tirar vantagem da lei, alcançar ou perpetuar monopólio, ou proteger a desonestidade ou o crime”. Caberá aos tribunais colocar de lado a pessoa jurídica, considerar a sociedade como formada de homens e mulheres, e “fazer justiça”⁵⁷. Segundo Rubens Requião, os tribunais norte-americanos ampliaram a aplicação da doutrina. Da fraude, proposta por Wormser, passou-se a utilizá-la nas hipóteses de abuso de direito⁵⁸.

Outros doutrinadores⁵⁹ remetem ao caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltda*, julgado na Inglaterra, em 1897, como o responsável pela gênese da teoria. Embora a decisão que reconheceu o uso fraudulento da pessoa jurídica tenha sido reformada pela Casa dos Lordes, a pessoa jurídica foi desconsiderada.

⁵⁵ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, a. 58, v. 410, dez./1969. p.12.

⁵⁶ Koury ao citar Wormser, Maurice. KOURY, S. E. C. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. p. 64.

⁵⁷ Wormser, citado por Rubens Requião. *Op.cit.* p. 14.

⁵⁸ Para uma análise da teoria no direito norte americano, remete-se à leitura de *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. Nesta obra, o autor faz uma análise de vários precedentes jurisprudenciais, como os alemães, e suas influências na conformação da teoria.

⁵⁹ Prof. Verrucoli trazido por Rubens Requião, *Op.cit.* p. 18.

Foi da análise da casuística norte-americana que, segundo Requião, partiu Rolf Serick para a análise da teoria da desconsideração da personalidade jurídica⁶⁰. Sabiamente este doutrinador dispôs que a teoria em análise seria consequência de uma “expressão estrutural da sociedade”⁶¹. É através dessa conclusão que se justifica o desenvolvimento da desconsideração da pessoa jurídica em diversos países, eis que, admitida a separação entre pessoa jurídica e seus membros, far-se-á, inevitavelmente, o aproveitamento da pessoa jurídica para resultados injustos e contrários ao direito.

Conforme destacado por J. Lamartine Corrêa de Oliveira, a crise da pessoa jurídica dar-se-á em qualquer ordenamento em que se reconheça a personalidade da sociedade como distinta da personalidade de seus membros. Cabe ao juiz, ao se deparar com o fato de a pessoa jurídica estar sendo utilizada para manobras fraudulentas, equiparar o sócio à sociedade⁶².

Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos⁶³.

É sabido que, independentemente da opção teórica adotada, uma das maiores consequências advindas do instituto da personalidade jurídica é a autonomia patrimonial, limitando a responsabilidade. Segundo Rubens Requião, a grande dificuldade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica se confirmar no nosso país deu-se em vista da concepção da personalidade jurídica como um direito absoluto⁶⁴. Fundamental a percepção de que se trata de um direito relativo, dando ao Estado o poderio de auferir se o direito concedido⁶⁵, segundo alguns, ou reconhecido⁶⁶, segundo outros, está sendo adequadamente utilizado.

⁶⁰ REQUIÃO, R. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. p. 13.

⁶¹ REQUIÃO, R. *Op.cit.* p. 14.

⁶² REQUIÃO, R. *Idem. Ibidem.*

⁶³ REQUIÃO, R. *Idem. Ibidem.*

⁶⁴ Muito embora o artigo 20 do Código Civil de 1916 ainda seja considerado um princípio, foi, contudo, relativizada a separação entre sociedade e sócios.

⁶⁵ Para Alfredo de Assis Gonçalves Neto, o Direito “outorga personalidade a certos centros de imputação de interesses para que atuem na prática dos atos da vida civil à semelhança da pessoa natural”.

Miguel Reale, responsável pela Exposição de Motivos do Código Civil, nesse sentido declarou: “Não abandonamos o princípio que estabeleceu a distinção entre pessoa jurídica e os seus membros componentes, mas também não convertemos esse princípio em tabu, até o ponto de permitir sejam perpetrados abusos em proveito ilícito dos sócios e em detrimento da comunidade” ⁶⁷.

Manipulada a pessoa jurídica, utilizada com abuso de direito ou fraude, deve-se, portanto, desconsiderá-la, a fim de coibir o seu uso inapropriado, através do atingimento do patrimônio pessoal dos sócios que através dela se escondem.

Desvirtuada a função para qual a pessoa jurídica foi criada, surge a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ultrapassando a pessoa, sem, contudo, negá-la.

Com efeito o que se pretende com a doutrina do *disregard* não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude) ⁶⁸.

A teoria da desconsideração pretende reforçar o conceito de pessoa jurídica e as conseqüências advindas dessa personalização ⁶⁹. Não visa, esse instrumento, anular a pessoa jurídica ⁷⁰, mas somente, diante do caso concreto, desconsiderá-la, a fim de alcançar as pessoas ou bens que atrás dela se escondem. No entanto, para que tal escopo seja alcançado, a aplicação da teoria deve se ater às hipóteses em que a

(GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário**: regime vigente e inovações do novo Código Civil. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2004. p. 18).

⁶⁶ Para José Lamartine Corrêa de Oliveira, o Direito reconhece os agrupamentos, e os admite como pessoas jurídicas.

⁶⁷ Miguel Reale citado Koury, **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. p. 143.

⁶⁸ REQUIÃO, R. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. p. 17.

⁶⁹ Nesse sentido, Alexandre Couto Silva, para quem “a teoria da desconsideração não visa a destruir ou questionar o princípio de separação da personalidade jurídica da sociedade da dos sócios, mas, simplesmente, funciona como mais um reforço ao instituto da pessoa jurídica, adequando-o a novas realidades econômicas e sociais, evitando-se que o instituto seja utilizado pelos sócios como forma de encobrir distorções em seu uso”. COUTO SILVA, Alexandre. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 77.

⁷⁰ REQUIÃO, R. *Op.cit.* p. 14.

separação patrimonial entre sócio e sociedade tenha sido utilizada com fraude ou com abuso de direito. Rubens Requião, em palestra já referida, destacou a necessidade de pressupostos claros para seu cabimento. Ao citar o Prof. Polo Diez, é perceptível a preocupação:

O nervo e medula de toda a obra de assenta na questão de determinar em que fundamentos e em virtude de quais princípios dogmáticos podem os tribunais chegar a prescindir ou superar a forma externa da pessoa jurídica, para 'penetrando' através dela, alcançar as pessoas e bens que debaixo de seu véu se cobrem ⁷¹. (grifou-se)

A assertiva de que a pessoa da sociedade não é a pessoa dos sócios é um princípio jurídico que restou relativizado ante a necessidade da realização da boa justiça perante o caso concreto⁷².

Na definição dos pressupostos para a desconsideração, depara-se com dúvidas, no tocante à conceituação de desvio de função, abuso de direito e fraude, como na própria definição de quais pressupostos seriam estes. Tais imprecisões pairaram durante muito tempo sobre a jurisprudência e a doutrina. Basta, para isso, recorrer aos livros que tratavam do assunto e os dispositivos legais que se referiam à teoria. Enquanto Rubens Requião elencou o abuso de direito ou fraude à lei, como caracterizadores do mau uso, Fábio Konder Comparato catalogou o desvio de função e a confusão patrimonial como hipóteses de aplicação da teoria. J. Lamartine Corrêa de Oliveira atribuiu à crise de função da pessoa jurídica a hipótese de desconsideração.

Marçal Justen Filho, na busca pela caracterização desses pressupostos, brilhantemente expôs que, e é essa opinião que se compartilha nesse estudo, muito embora, chegar-se-á a diferentes conclusões, "o direito é um conjunto de normas e de princípios entre si interligados. Entretanto, há princípios e há normas diversas e distintas regendo essas 'regiões' do ordenamento jurídico"⁷³. Para Marçal Justen Filho, a teoria da desconsideração é aplicável nos diversos ramos do direito por se

⁷¹ REQUIÃO, R. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. p. 13.

⁷² Nesse sentido, Koury. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. p. 68.

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1987. p. 100.

fundamentar diferentemente em cada ramo⁷⁴. Não haveria “o pressuposto”⁷⁵, e sim, pressupostos para a desconsideração.

Ver-se-á a incompatibilidade de tal assertiva ante a utilização desmedida da teoria. A liberdade dada ao magistrado se tornou uma discricionariedade, no mais das vezes, desastrosa⁷⁶.

Rubens Requião destacou a necessidade de uma utilização cautelosa da teoria pelos juízes norte-americanos e alemães: somente nos casos de abuso de direito e fraude, destacando seu caráter excepcional⁷⁷. E demonstrou sua preocupação quanto ao zelo com que deve ser tomada a teoria no nosso direito; de certa forma, antevendo a sua descuidada utilização⁷⁸.

⁷⁴ Haveria “pressupostos para desconsideração, variáveis na medida em que variam as ‘pessoas jurídicas’ de que se cogita”. JUSTEN FILHO, M. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. p. 95.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, M. *Op.cit.* p. 95.

⁷⁶ Nesse sentido, CEOLIN, Ana Caroline Santos. **Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey. 2002. p. 15.

⁷⁷ Couto Silva muito embora reconheça a observação de Rubens Requião, ressalta que “no Direito norte-americano a teoria é aplicada em obediência às razões de justiça social sem que haja atenção exagerada à qualificação jurídica do meio aplicado. Verifica-se aí certa flexibilidade da jurisprudência norte-americana na admissão da desconsideração.” COUTO SILVA, A. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. p. 75.

⁷⁸ “Há, pois, necessidade de se atentar com muita agudez para a gravidade da decisão que pretender desconsiderar a personalidade jurídica. Que nos sirva de exemplo, oportuno de edificante, a cautela dos juízes norte-americanos na aplicação da “*disregard doctrine*”, tantas vezes ressaltada em seus julgados, de que tem ela aplicação nos casos efetivamente excepcionais”. REQUIÃO, R. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. p. 24.

3 A UTILIZAÇÃO DA TEORIA NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 A INDEFINIÇÃO DOS CRITÉRIOS

A doutrina brasileira, ao procurar apontar os critérios da teoria da desconsideração, sempre utilizou as expressões abuso ou fraude como caracterizadores do mau uso da pessoa jurídica. Não há que se negar a vagueza de tais palavras.

Segundo Alexandre Alberto Teodoro da Silva, “foi esse o panorama que influenciou toda uma série de julgados no Brasil”⁷⁹. Não havia, até então, dispositivo expresso que tratasse da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Em 1990, com o escopo de regulamentar tamanha imprecisão doutrinária adveio o artigo 28 na Lei 8.078. O Código de Defesa do Consumidor acolheu expressamente a desconsideração da personalidade jurídica⁸⁰:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

⁷⁹ TEODORO DA SILVA, Alexandre Alberto. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 114 e 115.

⁸⁰ Para Alexandre Alberto Teodoro da Silva, a redação do artigo em comento é “bastante confusa, e se afasta da sistematização técnica desejada”. *Op.cit.* p. 117.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Muitos autores comungam com o desacerto havido entre o artigo e a teoria da desconsideração. Nesse sentido, Rachel Sztajn:

Claramente o texto do art. 28 da Lei 8.078/90 não segue a filosofia que informa a aplicação da teoria nos sistemas de origem. O texto mistura defeitos dos atos para os quais o sistema já prevê remédios próprios. Ou o legislador não entendeu a função da teoria da desconsideração ou, ao que parece, desejou banalizar, vulgarizar a técnica, para torná-la panacéia nacional na defesa do consumidor⁸¹.

Interessante destacar o art. 5º do Projeto de Lei, de autoria do deputado Ricardo Fiúza⁸², ao propor que "o disposto no art. 28 da Lei n 8.078, de 11.09.1990, somente se aplica às relações de consumo, obedecidos os preceitos desta lei, sendo vedada sua aplicação a quaisquer outras relações jurídicas".

A indefinição acerca dos critérios a serem adotados na aplicação da teoria permaneceu, eis que foram oferecidas aos intérpretes, expressões amplas. O que não correspondeu ao caráter excepcional da teoria.

Ante a necessidade de critérios delineadores da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o Código Civil de 2002 previu:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Segundo Ana Caroline Santos Ceolin, tal dispositivo "cuidou de limitar a aplicação da teoria em comento, preservando-lhe o caráter subsidiário e excepcional"

⁸³. No mesmo sentido, Alexandre Alberto Teodoro da Silva tratou da matéria:

⁸¹ SZTAJN, Raquel. Desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 2. p. 71.

⁸² Muito embora tenha sido arquivado, com base no art. 105 do Regulamento Interno da Câmara dos Deputados, por ter findada a legislatura, pode ser novamente proposto o projeto de lei.

⁸³ CEOLIN, A. C. S. **Abusos na aplicação da teoria da desconsideração de pessoa jurídica**. p. 18.

tratou [o artigo 50 do Código Civil] de eliminar os inconvenientes dos dispositivos até então vigentes que tratam da desconsideração da personalidade jurídica (Código de Defesa do Consumidor, Legislação Antitruste, Legislação Ambiental). Estruturou-se, portanto, a idéia de desconsideração no abuso da personalidade jurídica resultante do desvio de finalidade e da confusão patrimonial⁸⁴.

De outra sorte, Alexandre Couto Silva, para quem “o novo Código Civil de 2002 não consagrou a teoria da desconsideração em sua pureza, restringindo a possibilidade da aplicação dessa teoria às hipóteses de abuso e confusão patrimonial”⁸⁵. Para ele, a fraude também deve ser reconhecida como ensejadora da teoria. Conclui, ao final, que estaria a fraude, outrossim, abrangida pelo “desvio de finalidade” do artigo 50⁸⁶.

Estabelecida a premissa de que o artigo 50 do Código Civil veio, ao menos intencionalmente, delimitar o âmbito de aplicação da teoria em estudo, ir-se-á ater a quais seriam essas orientações. A opção legislativa adotada foi claramente uma desconsideração branda⁸⁷. Segundo Marlon Tomazette, referindo-se ao artigo 50 do Código Civil,

a desconsideração neste particular vem claramente positivada como uma forma de repressão ao abuso na utilização da personalidade jurídica das sociedades, fundamento primitivo da própria teoria da desconsideração. Assim, vê-se que o direito positivo acolhe a teoria da desconsideração em seus reais contornos⁸⁸.

Há, portanto, que se perquirir, para que a personalidade jurídica seja desconsiderada em qualquer ramo do Direito, o uso abusivo da pessoa jurídica. E, em conformidade ao artigo 50 do Código Civil, deve-se aferir tal conduta abusiva a partir de dois critérios: o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial. “Assim, em um caso

⁸⁴ TEODORO DA SILVA, A. A. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário**. p. 122.

⁸⁵ COUTO SILVA, A. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. p. 149.

⁸⁶ COUTO, A. A. *Idem. Ibidem*.

⁸⁷ WALDRAFF, Célio Horst. A empresa como Sujeito de Direito e a Incompatibilidade do Art. 50, do NCCB, com o Direito do Trabalho. In: José Affonso Dallegrave Neto e Luiz Eduardo Gunther (Coord.). **O impacto do novo código civil no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p. 236.

⁸⁸ TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3104>>. Acesso em: 17 de setembro de 2010.

concreto, não haverá abuso à personalidade jurídica se não for provada a existência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial”⁸⁹.

No entanto, não há que se negar que a delimitação da aplicação da teoria encontra, no artigo 50, hipóteses delegadas ao subjetivismo, haja vista a presença de cláusulas abertas. O legislador, através desse artifício, visa dar a maior eficácia possível à norma, deixando ao intérprete verificá-la. “A configuração destas hipóteses na *fattispecie* é delegada ao intérprete, funcionando os requisitos indicados como *cláusula jurídica aberta*, na sistemática reguladora adotada pelo NCCB”⁹⁰.

A busca por uma definição exata do que vem a ser abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade e confusão patrimonial é infecunda. O que se pretende destacar é o caráter restritivo que o Código Civil lhe imprimiu, e a intenção de afirmar o caráter excepcional da teoria.

3.2 OS PARÂMETROS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA

A existência da pessoa jurídica se justifica pela possibilidade de que agrupamentos humanos ajam de maneira dissociada de seus membros. A pessoa jurídica torna-se sujeito de direitos. Se a autonomia dada ao ente para que possa agir no mundo das relações independentemente de seus membros é desviada de sua finalidade, alcançando resultados injustos e fins ilícitos, desconsidera-se a pessoa jurídica.

Com o intuito de coibir os abusos ou fraudes cometidos pelo mau uso da pessoa jurídica se desenvolveu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Buscam-se os responsáveis por tais atos abusivos e fraudulentos que por detrás dessa

⁸⁹ TEODORO DA SILVA, A. A. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário**. p. 131.

⁹⁰ WALDRAFF, C. H. A empresa como Sujeito de Direito e a Incompatibilidade do Art. 50, do NCCB, com o Direito do Trabalho. p. 236.

estrutura se escondiam. Através dessa pintura fica caracterizada a crise de função da pessoa jurídica trazida por J. Lamartine Corrêa de Oliveira.

O abuso é tido como o elemento caracterizador da teoria da desconconsideração. No entanto, este abuso ocorrerá mediante desvio ou confusão patrimonial. Dessa forma, o artigo 50 estaria delimitando o âmbito de verificação desse abuso. É imprescindível a definição clara do que vem a ser *abuso da personalidade jurídica*.

Se o ato, embora conforme a lei, for contrário à finalidade social, é abusivo e, em consequência, atentatório ao direito. Nem tudo que é conforme a lei é legítimo. O abuso de direito corresponde ao *mau uso* do direito.

Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, o artigo 187⁹¹ do Código Civil traria a noção do que vem a ser abuso de direito para o ordenamento jurídico brasileiro⁹². Depreendem-se desse dispositivo, os limites impostos ao exercício dos direitos: fazê-lo sem exceder os fins sociais e econômicos desse mesmo direito, bem como observar a boa-fé e os bons costumes. “O abuso de direito é construção jurisprudencial fundada na análise da situação jurídica subjetiva, impondo limites éticos ao exercício de um direito”⁹³.

O ato abusivo é ato contrário ao fim do instituto, apesar da idéia de legalidade do ato⁹⁴. É um ato legal, porém contrário ao fim do instituto da pessoa jurídica.

A teoria é uma reação às práticas abusivas ao direito subjetivo da personalidade, é uma forma do gênero abuso de direito. Conclui-se, portanto, que o *abuso da personalidade jurídica* será evidenciado quando houver desvio da finalidade para a qual foi concebida a pessoa jurídica.

O desvio de função é considerado pela maioria dos autores como o critério básico para operar a desconconsideração da personalidade jurídica⁹⁵, sendo o pressuposto

⁹¹ Art. 187 do Código Civil: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁹² NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. São Paulo: LTr. 5. ed. 2007. p. 350. “O ato abusivo pode, até, não causar dano e nem por isso deixa de ser abusivo”.

⁹³ COUTO SILVA, A. **A aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. p. 83.

⁹⁴ COUTO SILVA, A. *Idem*. p. 77.

⁹⁵ Para Fábio Konder Comparato: “O verdadeiro critério parece-nos ligado à interpretação funcional do instituto, decisiva nessa matéria (...)” **O poder de controle na sociedade anônima**. p. 356.

fundamental do conceito de desconsideração. Dessa forma, o entendimento do que vem a ser desvio de finalidade é imprescindível para a utilização da teoria da desconsideração.

Bem elucidou o jurista Fábio Konder Comparato, para quem, toda pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e especiais.

A função geral da personalização de coletividades consiste na criação de um centro de interesses autônomo, relativamente às vicissitudes que afetam a existência das pessoas físicas que lhe deram origem, ou que atuam em sua área: fundadores, sócios, administradores. As funções específicas variam, conforme as diferentes categorias de pessoa jurídica e, ainda, dentro de cada categoria, de coletividade, em razão de seus atos constitutivos, estatutos ou contratos sociais⁹⁶.

Com base nos ensinamentos de José Lamartine Corrêa de Oliveira⁹⁷, a *função da pessoa jurídica é possibilitar a persecução de atividades produtivas impossíveis de serem atingidas por um único ser humano*. Ainda, a pessoa jurídica possui a função de limitação dos riscos da atividade empresária, função de estabelecer um vínculo religioso, educacional entre os homens, e ainda, de destinar bens a interesses sociais⁹⁸. A crise de função se manifestaria, não no uso das pessoas jurídicas em funções não previstas pelo legislador, e sim quando tais funções não se coadunassem aos valores reitores do ordenamento jurídico. Há necessidade de uma “fidelidade *axiológica*”⁹⁹.

É com o desvirtuamento dessa função que se desconsidera a pessoa jurídica.

Dessa forma, há exigência do uso abusivo da pessoa jurídica (traduz-se uso abusivo como desvio da finalidade da pessoa jurídica) com o intuito de prejudicar terceiro. Ou seja, quando a autonomia dada a este ente é utilizada de maneira contrária para a qual foi criada.

A simples prática de ato ilícito pela pessoa jurídica não tem nada a ver com a teoria da desconsideração. Se a pessoa jurídica age dentro dos propósitos para os quais foi constituída, mas pratica um ilícito (vende uma mercadoria que não

⁹⁶ COMPARATO, F. K. **O poder de controle na sociedade anônima**. p. 356.

⁹⁷ Em **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**.

⁹⁸ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem*. p. 608.

⁹⁹ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. *Idem*. *Ibidem*.

possui, por exemplo), deve responder normalmente por este ato, como qualquer agente que assim o pratica. Para que se aplique a *disregard of legal entity*, é preciso que haja desvio de sua função econômico-social, isto é, da causa de seu nascimento, do papel que a pessoa jurídica deve preencher e que justificou sua criação para atuar à semelhança de uma pessoa natural¹⁰⁰. (grifou-se)

Em hipóteses de atos abusivos, fraudulentos ou ilícitos cometidos pela sociedade não haverá desconconsideração da pessoa jurídica. Nesse sentido, o entendimento do enunciado 282 da IV Jornada de Direito Civil: “282 – Art. 50. O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso de personalidade jurídica.”

Desvio de finalidade indica o uso indevido ou anormal. O sócio que detém a liberdade de iniciativa de se servir de uma personalidade jurídica, distinta dos membros que compõem a pessoa, emprega seus esforços para dar outro destino à pessoa jurídica. “O desvio de finalidade estabelecido no novo Código Civil constitui desvio de fim para o qual o ordenamento jurídico reconheceu a personalidade à pessoa jurídica, ou seja, trata-se de abuso de direito”¹⁰¹.

Um caso típico do desvio de função, citado por Ana Caroline Santos Ceolin¹⁰² e J. Lamartine Corrêa de Oliveira¹⁰³, é o proposto por Serick. Em que três indivíduos venderam seus negócios a um terceiro, assumindo com este uma obrigação de não concorrência. A obrigação consistia em que eles não poderiam atuar em negócios similares em determinada área. Para burlar tal cláusula contratual, os alienantes constituíram uma sociedade. Essa pessoa jurídica criada passou a agir nas imediações do adquirente, exercendo a mesma atividade que havia sido proibida no contrato. A constituição desse novo ente teve a existência destinada a violar o contrato e prejudicar terceiro. É evidente o abuso da pessoa jurídica, haja vista o desvio de finalidade.

O legislador do Código Civil procurou imprimir a idéia de que não haverá abuso à personalidade jurídica se não for provada a existência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Assim, não se pode falar em desconconsideração quando um único

¹⁰⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Lições de Direito Societário**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 34.

¹⁰¹ COUTO SILVA, A. **A aplicação da desconconsideração da pessoa jurídica**. p. 145.

¹⁰² CEOLIN, A. C. S. **Abusos na aplicação da teoria da desconconsideração da pessoa jurídica**. p. 25.

¹⁰³ CÔRREA DE OLIVEIRA, J. L. **A dupla crise da pessoa jurídica**. p. 274.

sócio detém a maior parte do patrimônio social. Aqui não há abuso à personalidade jurídica. O problema está na possibilidade de o sócio majoritário usar o ente jurídico como meio de ocultar sua personalidade, furtando-se ao cumprimento de obrigações contraídas na órbita pessoal.

Quanto à fraude, apontada por muitos doutrinadores como hipótese de aplicação da teoria, compreende todos os meios que são utilizados por alguém com o intuito de adquirir vantagem de outrem através de falsas sugestões ou encobrimentos de verdade, e incluir surpresa, engano, astúcia, dissimulação, e qualquer modo injusto pelo qual outro é enganado ¹⁰⁴. Fraude pode ser entendida como uma manobra que visa prejudicar terceiro, quando a autonomia patrimonial é destinada a prejudicar outrem, há fraude. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “a fraude que enseja a aplicação do superamento da pessoa jurídica, pode ser definida como ‘o artifício malicioso para prejudicar terceiro’, não se limitando este terceiro aos credores, mas abrangendo qualquer sujeito de direito lesado em seus interesses jurídicos” ¹⁰⁵.

Muito embora não tenha o Código Civil acolhido o termo, pode-se entender que fraude está no conceito de desvio de finalidade. “A figura da fraude também deve ser incluída como desvio de finalidade para que a desconsideração da personalidade jurídica seja corretamente aplicada” ¹⁰⁶.

Uma razão de ser da pessoa jurídica está na sua existência patrimonial autônoma. A confusão patrimonial ensejadora da desconsideração é utilizada como escudo para obtenção de resultados que contrariem os fins econômicos e sociais do direito à personalidade jurídica, ou seja, quando a autonomia é destituída de sua função. Desse modo, entende-se que a confusão patrimonial estaria de certo modo abrangida pelo desvio de finalidade, sendo desnecessária a sua inclusão no artigo 50 do Código Civil.

Ocorrerá abuso à personalidade jurídica, qualificado pela confusão patrimonial, sempre que determinada pessoa natural ou jurídica, detiver idênticos direitos de uso, gozo e disposição dos bens de outra pessoa jurídica, escondendo-se atrás

¹⁰⁴ COUTO SILVA, A. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. p. 78 a 82.

¹⁰⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Desconsideração da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**. 1989. p. 57.

¹⁰⁶ COUTO SILVA, A. *Op.cit.* p. 145.

do manto formal desta, com o escopo de obter vantagens indevidas, ou mesmo, de frustrar o adimplemento de obrigações particulares ou da própria pessoa jurídica encoberta ¹⁰⁷.

Diante do exposto, considera-se pertinente a proposta de J. Lamartine Corrêa de Oliveira, ao dispor que:

O que importa basicamente é a verificação da resposta adequada à seguinte pergunta: no caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de outras pessoas, físicas ou jurídicas? É exatamente porque nossa conclusão quanto à essência da pessoa jurídica se dirige a uma postura de realismo moderado – repudiados os normativismos, os ficcionismos, os nominalismos – que essa pergunta tem sentido. Se é em verdade uma outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenadas axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário fazer com que a imputação se faça com predomínio da realidade sobre a aparência ¹⁰⁸.

No tocante ao patrimônio a ser atingido, não se olvida que a teoria da desconconsideração visa atingir o do responsável pelo ato. Há, portanto, que se defender que, descon siderada a pessoa jurídica, apenas o patrimônio dos sócios que agiram abusivamente será alcançado. Nesse sentido, o Enunciado n. 7, da I Jornada de Direito Civil: “7 – Art. 50: só se aplica a descon sideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido”.

É inconveniente atribuir a todo e qualquer sócio ou administrador a responsabilidade, sem que tenha praticado qualquer ato de gestão ou, ao menos, se beneficiado de atos fraudulentos, haja vista o desestímulo à atividade da empresa. Ainda, prevê o artigo 4º do Projeto de Lei nº 2.426 de 2003, de autoria do deputado Ricardo Fiúza, “é vedada a extensão dos efeitos de obrigações da pessoa jurídica aos bens particulares de sócio e ou de administrador que não tenha praticado ato abusivo

¹⁰⁷ TEODORO DA SILVA, A. A. **Descon sideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário**. p. 137.

¹⁰⁸ CORRÊA DE OLIVEIRA, J. L. **A dupla crise da pessoa jurídica**. p. 613.

da personalidade, mediante desvio de finalidade ou confusão patrimonial, em detrimento dos credores da pessoa jurídica ou em proveito próprio”¹⁰⁹.

Faz-se pertinente destacar ainda que, a aplicação da teoria da desconsideração deve estar condicionada ao requerimento das partes interessadas. O artigo 50 do Código Civil destaca esse entendimento, ao se valer da expressão “a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo”. Justifica-se tal vinculação pelo caráter excepcional da teoria. Nesse sentido asseverou Ana Caroline Santos Ceolin, vide-se:

Se não há, no referido dispositivo, qualquer expressão que revele a possibilidade de o juiz aplicá-lo de ofício, a sua incidência ao caso concreto estará necessariamente condicionada ao requerimento da parte interessada. O silêncio da norma, quanto à sua aplicação de ofício, faz incidir a regra geral segundo a qual a prestação jurisdicional condiciona-se ao requerimento da parte e sujeita-se aos termos em que é proposta¹¹⁰.

Na doutrina, chegou-se a admitir correntemente a aplicação *ex officio* da teoria com fundamento no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, que utiliza da redação “o juiz *poderá* desconsiderar”. No entanto, valendo-se de que a norma desse dispositivo é um poder condicionado à jurisdição, demanda, para seu exercício, a provocação das partes. A jurisdição é atividade eminentemente provocada, dependendo da iniciativa da parte interessada para ser exercida pelo Estado. O Código de Processo Civil consagra a inércia do Poder Judiciário frente ao conflito instaurado entre os sujeitos da relação jurídica substancial deduzida em juízo, consignando o

¹⁰⁹ Nesse sentido, o voto do Deputado Léo Alcântara, na Câmara dos Deputados, acerca do projeto de lei 2426 de 2003. “Ocorre que, como muito bem fundamenta o autor do projeto, a jurisprudência tem ampliado desmesuradamente a declaração da desconsideração da pessoa jurídica, pela ausência, principalmente, de um efetivo disciplinamento legal. Com isso, mesmo aqueles sócios ou administradores que não se utilizaram abusivamente da personalidade jurídica ou até mesmo aqueles que participam minoritariamente do capital da empresa, sem praticar qualquer ato de gestão, podem vir a ter seu patrimônio executado. Tal fato pode desestimular a atividade empresarial de um modo geral e a participação no capital social das empresas brasileiras, causando prejuízos à atividade econômica e, em consequência, à geração de empregos. Faz-se necessário, por conseguinte, corrigir as distorções existentes, bem como adicionar mecanismos à legislação atual que disciplina a matéria. É o que se pretende (...)”. Disponível em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=141005. Acessado em 23 de setembro de 2010.

¹¹⁰ CEOLIN, A. C. S. **Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica**. p. 160.

princípio dispositivo, ou seja, de que ‘nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional, senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais’ ¹¹¹.

O verbo ‘poderá’ empregado pelo legislador no art. 28 do CDC, embora encerre a idéia de *poder*, não se inclui entre as expressões que franqueiam a aplicação de ofício das normas legais pelos magistrados aos casos concretos. Tal poder nada mais é do que um instrumento ‘que a lei outorga ao juiz para o exercício da função jurisdicional; que se apresenta, por excelência, vinculada à lei.’ ¹¹²

3.3 INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE

Apesar de os dispositivos que prevêm a responsabilização dos sócios e dos administradores terem o mesmo resultado que a desconsideração, com esta não se confundem, eis que não superam a pessoa jurídica.

Foi visto que a limitação de responsabilidade não é uma regra absoluta, nesse sentido o sistema já prevê várias exceções. Walfrido Jorge Warde Júnior¹¹³ chega até a dispensar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ante a previsão da responsabilidade. Para este autor, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, concebida como técnica de imputação de responsabilidade aos sócios, é “uma resposta à crise da limitação da responsabilidade” ¹¹⁴, *in verbis*:

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica surgiu, então, como instrumento da reforma, sem que nos déssemos conta de que o sistema, i.e., a disciplina da responsabilidade, já dispusesse de elementos para implementá-la. Tais elementos, aliás, pela intrínseca compatibilidade com o sistema, não padecem da extrema subjetividade da exógena *disregard doctrine*¹¹⁵.

¹¹¹ Art. 2º do Código de Processo Civil.

¹¹² CEOLIN, A. C. S. **Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica**. p. 157.

¹¹³ Na obra **Responsabilidade dos Sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

¹¹⁴ WARDE JÚNIOR, W. J. *Idem*. p. 204.

¹¹⁵ WARDE JÚNIOR, W. J. *Idem*. p. 285.

O direito brasileiro, dessa forma, disponibilizaria uma disciplina da responsabilidade dos sócios, com regras precisas. Segundo Walfrido Jorge Warde Júnior, essa matéria, quando aplicada, é associada, erroneamente, à desconsideração.

Nessa linha de raciocínio, destaca-se que através de uma análise dos artigos 1º da Lei 6.404 de 1976, 1.052 do Código Civil e 592, II e 596 do Código de Processo Civil, conclui-se que o patrimônio dos sócios só pode ser atingido em decorrência de obrigações da sociedade nos termos da lei. Nesse sentido, a regra do artigo 1.055 parágrafo primeiro do Código Civil, nas Sociedades Limitadas:

Art. 1.055. O capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio.
§ 1º Pela exata estimação de bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade.

Ao se verificar que a estimação dada ao bem que integralizará o capital social não corresponde ao real, essa regra dá aos credores possibilidade de buscar no patrimônio pessoal dos sócios para buscar a diferença. Na Lei das Sociedades Anônimas, 6.404 de 1976, há previsão idêntica, artigo 8º, parágrafo 3º. Ainda, o Código Civil dispõe no artigo 1.059 que o sócio, ao retirar determinada quantia prejudicar o capital social, deverá promover a devida reposição.

O artigo 1.080 do Código Civil merece ainda ser analisado. Dispõe o dispositivo que: “As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovam.”

Significa que as deliberações devem ser tomadas pelos sócios em conformidade com o preconizado pela lei e pelo contrato social, ou seja, devem ter como escopo, direta ou indiretamente, o objeto social previsto. Aquelas que estiverem em desconformidade ao proposto resultam na responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais¹¹⁶.

A fim de distinguir a desconsideração da responsabilização, Fábio Ulhoa Coelho sinaliza que o ato enquanto feito pela sociedade é lícito, torna-se ilícito quando é

¹¹⁶ BARROS, Eduardo Bastos de. **Limitação de responsabilidade no direito societário brasileiro: origem, função e estrutura normativa**. Curitiba, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 166.

imputado ao sócio ou administrador. Se o ilícito já é imputado ao sócio ou ao administrador, não cabe desconsiderar a personalidade jurídica, como afirma:

Cabe aplicar a teoria da desconsideração apenas se a personalidade jurídica autônoma da sociedade empresária antepõe-se como *obstáculo* à justa composição dos interesses. Se a autonomia patrimonial da sociedade não impede a imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, não existe nenhuma desconsideração ¹¹⁷.

Nesse sentido, há previsão própria da responsabilização pessoal do acionista controlador quando age com abuso de poder (artigo 117 da Lei 6.404 de 1976).

Quanto à responsabilidade dos administradores das Sociedades Anônimas e ações correlatas é matéria, outrossim, regulada pela Lei 6.404 de 1976. Não se pode olvidar que o papel dos administradores é distinto dos sócios. Os administradores, como parte de um dos órgãos da sociedade anônima, manifestam a vontade da sociedade. Se o administrador age para além do que lhe foi outorgado será responsabilizado por tais atos abusivos. Nesse sentido, os artigos 158 e 159 da Lei e a teoria da aparência ¹¹⁸.

Não há como confundir, portanto, as hipóteses de desconsideração com as de imputação da responsabilidade aos sócios e aos administradores, eis que estas estão reguladas pelo ordenamento pátrio. Não haveria necessidade de se utilizar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em tais casos.

Conter o abuso da utilização da responsabilidade limitada é tarefa que leva a análise de dois direitos antagônicos. De um lado, há a autonomia patrimonial, destinada ao desenvolvimento econômico-social, que ao limitar a responsabilidade possibilita atender aos interesses do homem proporcionando o empreendedorismo; e de outro, a proteção do crédito, tão importante quanto para a economia.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, “felizmente, adveio o novo Código Civil que implantou, em caráter geral, a teoria da desconsideração em versão mais

¹¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. volume 2: direito de empresa. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 43.

¹¹⁸ Sobre a responsabilidade dos administradores, fazemos menção à obra de Marcelo Vieira Von Adamek, apresentada para obtenção do grau de Mestre pela Universidade de São Paulo, **Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas**, publicada em 2009, pela Saraiva, São Paulo.

apropriada e muito mais fiel às inspirações históricas do instituto (art. 50), sem confundi-lo com outras figuras de responsabilidade pessoal já consagradas pelo direito societário tradicional”¹¹⁹. A teoria da desconsideração se aplica a quaisquer ramos da Ciência Jurídica. Para ser utilizada deve haver a prova do abuso à personalidade da pessoa jurídica.

Deve-se perquirir, no caso concreto, o abuso praticado através do ente personificado.

Analisado o caso, visto que não se trata de hipóteses de responsabilidade, ver-se-á a presença do abuso praticado pelos sócios, se estes se esconderam com o propósito de confundir terceiros, haverá desvio de finalidade. Aplicar-se-á a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

3.4 A ATUAL APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO

Antes de adentrarmos na utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos diversos ramos do direito brasileiro, é imperioso destacar algumas observações.

Como afirma Ana Caroline Santos Ceolin, a respeito do que se pretende tratar:

É certo que se deve coibir o uso irresponsável e abusivo do direito à limitação da responsabilidade. Não se pode olvidar, contudo, que esse direito consiste em uma conquista de suma importância para o progresso socioeconômico do País. Aplicar a teoria da desconsideração indiscriminadamente, sem proceder a uma prévia análise se ela é cabível ou não, constitui verdadeiro abuso, que deve ser obstado¹²⁰.

Muito embora seja imprescindível o reconhecimento da importância da conceituação de pessoa jurídica, admite-se sua crise. Tanto por não aceitar

¹¹⁹ CEOLIN, A. C. S. **Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica**. p. x e xi, Prefácio do livro.

¹²⁰ CEOLIN, A. C. S. *Idem*. p. 38.

determinados agrupamentos como personalidades jurídicas distintas, quanto pela crise de função, diante do uso abusivo da personalidade jurídica. Não há que se confundir o instituto da desconsideração da personalidade jurídica com o de responsabilidade.

O abuso da pessoa jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, este que abrange a confusão patrimonial, caracteriza-se por um verdadeiro excesso dos limites impostos pelos fins econômicos e sociais do direito à autonomia da pessoa jurídica. É válido lembrar que, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é aplicável a quaisquer ramos do Direito, desde que, a personalidade jurídica esteja sendo usada abusivamente. Destaca-se a conclusão de Alexandre Alberto Teodoro da Silva:

(...) lamentavelmente, ainda, hoje, a jurisprudência brasileira experimenta enorme dificuldade na aplicação dessa teoria nos mais diversos ramos do Direito. São distintas as redações, confusões e interpretações dos textos normativos que cercam a correta delimitação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pelas nossas Cortes.¹²¹

3.4.1 No Direito Tributário

Importante analisar a regra estabelecida no artigo 135, do CTN, que dispõe:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
I – as pessoas referidas no artigo anterior;
II- os mandatários, prepostos e empregados;
III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

No dispositivo supra, não há “qualquer quebra do princípio da separação entre o ser da pessoa jurídica e o ser da pessoa-membro, ou seja, não se trata de hipóteses de

¹²¹ TEODORO DA SILVA, A. A. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário**. p. 203.

desconsideração da personalidade jurídica, mas, sim, de responsabilidade por ato próprio” ¹²². Nesse sentido, Alexandre Alberto Teodoro da Silva, afirma:

(...) objetivamente, a única forma de compreender o porquê da interpretação desse dispositivo como suporte normativo da desconsideração da personalidade jurídica reside no fato de que nossos Tribunais buscavam sustentar essa teoria a partir de alguma regra textual, e ainda hoje são, extremamente apegados à tradição do direito escrito ¹²³.

Embora a regra do artigo 135, inciso III, do CTN tem sido interpretada ocasionalmente como caso de desconsideração ¹²⁴, trata-se na realidade de imputação de responsabilidade direta aos administradores da pessoa jurídica, por ato próprio. O problema de responsabilização não seria de abuso de direito à personalidade jurídica.

A regra desse dispositivo representa um permissivo de responsabilização da pessoa de gerentes, diretores e representantes de pessoas jurídicas de direito privado ¹²⁵. Muitos autores ¹²⁶, e com estes se coaduna, alegam que não se pode falar em desconsideração da pessoa jurídica no Direito Tributário, haja vista a técnica própria de responsabilidade.

Para Alexandre Alberto Teodoro da Silva, na obra destinada à análise da desconsideração no campo do Direito Tributário, a teoria poder ser invocada através do artigo 50 do Código Civil, não necessitando uma regra expressa que autorize a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Tributário, “sendo

¹²² COUTO SILVA, A. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. p. 186.

¹²³ TEODORO DA SILVA, A. A. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário**. p. 98.

¹²⁴ E nesse sentido, Beno Frederico Hubert. **Desconsideração da pessoa jurídica nos tribunais**. Curitiba: JM. 1999.

¹²⁵ No tocante a responsabilização no direito tributário, vide artigo da advogada Betina Grupenmarcher, e a disposição da autora acerca do modo como os Tribunais vem aplicando tal artigo. Nesse sentido, a ressalva: A responsabilização pessoal dos sócios e administradores e a sua inclusão no pólo passivo da relação processual só é admissível após procedimento administrativo em que se comprove a atuação dolosa dos mesmos, identificando-se os possíveis responsáveis pela prática do ilícito e demonstrando-se, inclusive, que obtiveram vantagem pessoal com a inadiplência. GRUPENMARCHER, Betina Treiger. Responsabilidade Tributária do sócio e do administrador – nova sistemática. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. 14º vol. São Paulo: Dialética. 2010. p. 32.

¹²⁶ Hermelino de Oliveira Santos, Lamartine Corrêa de Oliveira, Alexandre Alberto Teodoro da Silva, entre outros.

frágil o argumento de que vulneraria o princípio da legalidade, ou mesmo da inaplicabilidade do artigo 50 do Código Civil à seara tributária, em virtude desse diploma ser lei ordinária, e a matéria tributária exigir lei complementar”¹²⁷. O artigo 135 do CTN não encerra a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. No entanto, quando houver abuso da personalidade jurídica, respeitado o artigo 50 do Código Civil, poderia se utilizar desse instituto no campo tributário¹²⁸.

3.4.2 No Direito do Trabalho

Segundo Hermelino de Oliveira Santos, “se há um ramo do direito processual em que a doutrina da desconsideração da pessoa jurídica encontra campo fértil a seu desenvolvimento e aplicação, este é o Direito Processual do Trabalho”¹²⁹. Mais adiante afirma que a doutrina da desconsideração se adapta por excelência à execução trabalhista.

A aplicação da teoria na justiça laborista é realizada com a simples falta de capacidade econômico-financeira da pessoa jurídica como requisito para que a execução seja direcionada à pessoa dos sócios.

Ainda que o simples inadimplemento não seja causa de desconsideração da personalidade jurídica, não são exigidos nos Tribunais da Justiça do Trabalho quaisquer dos requisitos do artigo 50 do Código Civil. Nesse sentido, destaca-se parte de acórdão colacionado:

Verifica-se, na presente, que todas as tentativas possíveis foram utilizadas para
constranger a pessoa jurídica a efetuar o pagamento inequivocamente devido,
mas todas restaram infrutíferas.

¹²⁷ TEODORO DA SILVA, A. A. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário**. p. 231.

¹²⁸ COUTO SILVA, A. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. p. 230.

¹²⁹ SANTOS, H. O. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho: diretrizes à execução trabalhista**. p. 164.

Dessa forma, perfeita a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, 'in casu', cujas conseqüências atingem todos os sócios atuais e que indiretamente, dos serviços executados pelo reclamante no curso do contrato de trabalho. (...)

Ressalte-se, ainda, que a desconsideração da personalidade jurídica da empresa e a conseqüente penhora de bens dos sócios da reclamada encontra fundamento no artigo 50 do Código Civil e visa a efetivação da prestação jurisdicional, ante a negativa da pessoa jurídica executada em resolver a execução.¹³⁰

A corte trabalhista utiliza a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para serem atingidos os bens dos sócios somente com o requisito da ausência ou da simples não localização de bens da empresa, por acreditar que tal situação caracterizaria uma "idéia de fraude"¹³¹, ou pela simples alusão da impossibilidade de dar ao credor a satisfação da controvérsia. Faz-se, com a simples intelecção de tais requisitos, um juízo de que a pessoa jurídica da empresa estaria agindo com abuso de direito e contrariamente às normas destinadas à proteção do trabalhador.

Em inúmeros casos, como o acima trazido, há menção ao artigo 50 do Código Civil, muito embora não haja prova da ocorrência das hipóteses deste dispositivo. Em outros, dispensa-se qualquer justificativa, como se pode constatar em recente decisão:

Por outro lado, o empregado não sofre os riscos da atividade econômica e, em não havendo bens suficientes a garantir a execução, os sócios responderão com seus bens particulares. É a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que, ao contrário do que pretende fazer crer a agravante, não necessita de decisão fundamentada que justifique a sua aplicação, sendo necessário apenas que fique demonstrada nos autos a insolvência da empresa.¹³² (grifou-se).

Ainda, nessa mesma linha de requisitos autorizadores, aliados à inexistência de bens sociais, estariam a insuficiência, a imprestabilidade, a ausência de valor comercial, a rejeição do mercado, como causas justificadoras da aplicabilidade do

¹³⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. TST-ED-AIRR-121240-72.2007.5.02.0472. Embargante: Maria Pia Esmeraldo Matarazzo e Embargadas: União e Indústria Matarazzo de Artefatos de Cerâmica Ltda. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda. Julgamento em 01 de setembro de 2010.

¹³¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 10ª Turma. Agravo de Petição 0027500-51.2008.5.04.0381. Relator: Des. Milton Varela Dutra. Julgamento em 13 de maio de 2010.

¹³² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. TST-AIRR-27740-42.2008.5.02.0463. Agravante: Maria Pia Esmeraldo Matarazzo e Agravados: Edgard Braghin e INDÚSTRIAS MATARAZZO DE EMBALAGENS LTDA. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda. Julgamento em 18 de agosto de 2010.

artigo 50 do Código Civil. A aplicabilidade no campo laboral, ressalta-se, é vulgarmente embasada neste dispositivo civilista, muito embora não respeite seus requisitos.

Diante da congregação de julgados, é vista a corrente aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica da empresa tendo-se em vista tão-somente a inviabilidade da satisfação da dívida pela inexistência de bens suficientes ao encerramento do crédito. Dessa forma, “pode-se afirmar que a desconconsideração da personificação societária, no direito do trabalho, tem por pressuposto a verificação de sacrifício de faculdade assegurada ao trabalhador”¹³³.

A justificativa dos juízes trabalhistas é a de que a teoria da desconconsideração responsabilizaria o sócio de forma solidária à pessoa jurídica, a fim de se buscar a máxima efetividade do crédito trabalhista, haja vista o espírito protetivo norteador do direito do trabalho. Apesar de o fundamento dos magistrados estar correto, o princípio protetivo é mesmo reitor no Direito do Trabalho, errônea é a utilização da teoria da desconconsideração.

Para muitos autores, mesmo que o texto da Lei Trabalhista não disponha de dispositivo expresso que trate da desconconsideração, é entendimento inquestionável do Direito do Trabalho o de que a ele se aplicam, subsidiariamente, os preceitos civilistas, para suprir lacunas ou explicitar alguns princípios e conceitos¹³⁴; dessa forma, havendo o artigo 50, na parte geral do Código Civil de 2002, automaticamente passaria este a reger a desconconsideração da personalidade jurídica na área trabalhista. Assim permitido pelo artigo 8º § 1º¹³⁵ do diploma que rege as relações de trabalho que outros dispositivos legais sejam utilizados nas decisões.

No entanto, não é aplicável o artigo 50 justamente porque as normas civilistas serão aplicadas em caso de omissão do texto da Consolidação das Leis do Trabalho, o que não ocorre no presente caso.

¹³³ JUSTEN FILHO, M. **Desconconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. p. 106.

¹³⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. p. 222 e DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. p. 79.

¹³⁵ Art. 8º da CLT: As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

No tocante ao artigo 2º, § 2º dessa lei, que dispõe:

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Há quem acredite que este artigo preveja a teoria da desconsideração, nesse sentido, João Casillo, “aqui não temos dúvida: é a teoria da desconsideração que pode ser aplicada, francamente” ¹³⁶. Ainda Koury e Ramalhe ¹³⁷, “evita exatamente que a personalidade jurídica da empresa contratante seja abusivamente utilizada para encobrir a real vinculação do empregado ao grupo” ¹³⁸. Assim, bastaria a existência do grupo para que se desconsiderasse a personalidade jurídica. O que não pode ser admitido. Deve haver outras circunstâncias a fim de que seja utilizada a teoria da desconsideração.

A formação de grupos de sociedades nasce com o ideal de se obter maiores lucros a partir de custos menores. “A existência de unidade de gestão sobre as várias sociedades que compõe o grupo mais a existência de personalidades distintas entre essas várias sociedades tornaram-se instrumentos vantajosos para a formação do grupo” ¹³⁹. A identificação desses grupos no Direito do Trabalho se dá com a convergência e unidade de interesses entre as sociedades que o compõe.

No entanto, parece clara a idéia de que tal dispositivo contempla hipótese de responsabilidade solidária das sociedades que fazem parte do grupo econômico. Deve-se ressaltar, mais uma vez, que o disposto no artigo 2º § 2º da CLT não prevê hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. Ademais, o conteúdo disposto nesse artigo é entendido como uma “despersonalização do empregador”.

¹³⁶ CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. **Revista dos Tribunais**. v. 528. out. 1979. p. 32.

¹³⁷ Ambos remetidos por Alexandre Couto Silva. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. p. 178.

¹³⁸ Koury, citada por Alexandre Couto Silva. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. p. 178.

¹³⁹ COUTO SILVA, A. *Idem*. p. 177.

Observa-se ainda, outro posicionamento, demonstrando quão fértil é a utilização da teoria. Quando evocada, não há sequer menção ao dispositivo legal permissivo dessa técnica de exceção.

Embora a questão esteja atualmente positivada no artigo 50 do Código Civil (igualmente fonte subsidiária do direito do trabalho), o qual limita a aplicação da teoria da desconsideração às hipóteses de abuso da personalidade jurídica (assim caracterizado pelo desvio de sua finalidade, ou pela confusão patrimonial), é aplicável a teoria segundo os seus históricos preceitos, mais abrangentes e benéficos ao trabalhador, destinatário único do princípio tutelar do direito do trabalho. Assim, no direito do trabalho, a teoria da desconsideração se justifica na proteção ao trabalhador hipossuficiente, cujo crédito exequendo tem natureza alimentar em que o risco da atividade econômica é do empregador ¹⁴⁰. (grifou-se)

Conclui-se que a Justiça do Trabalho não aplica a teoria da desconsideração de modo excepcional, e quando o faz, não evoca as hipóteses autorizadas de sua utilização.

3.5 CRÍTICA

Há quem considere vigentes no direito brasileiro duas teorias da desconsideração da personalidade jurídica, a maior e a menor¹⁴¹.

A teoria maior permite a desconsideração da personalidade jurídica somente quando ocorrer abuso ou fraude. A teoria menor, por outro lado, prescinde da hipótese de inexistência de bens sociais, conseqüentemente, o sócio ou administrador é responsabilizado pela simples insatisfação do crédito. Assim, Fábio Ulhoa, “há duas formulações para a teoria da desconsideração: a maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e

¹⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 10ª Turma. Agravo de Petição 0155900-72.2007.5.04.0202. Relator: Des.ª Maria Cristina Schaan Ferreira. Julgamento em 17 de março de 2010.

¹⁴¹ Entre eles, Fábio Ulhoa Coelho.

abusos praticados através dela, e a menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial”¹⁴².

A teoria maior, segundo Fábio Ulhoa Coelho, é elaborada a partir do alemão Rolf Serick que deita a desconsideração sobre quatro princípios basilares: o primeiro diz que qualquer ato que, por meio da pessoa jurídica, vise frustrar a aplicação da lei ou o cumprimento da obrigação contratual, deve o juiz desconsiderar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica. O segundo diz que não há que se desconsiderar a pessoa jurídica tão somente porque o objetivo de uma norma ou a causa de um negócio não foi atendido (exatamente a teoria menor). O terceiro diz respeito à necessidade de se levar em conta às pessoas físicas que agiram pela pessoa jurídica. O quarto princípio sustenta que cabe a desconsideração para aplicação da norma cujo pressuposto seja a diferenciação real entre uma pessoa física e uma pessoa jurídica da qual ela faça parte¹⁴³.

Para Fábio Ulhoa Coelho, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica deve ser usada como sinônimo de teoria maior.

Para aplicação da teoria maior deve estar caracterizada a fraude ou o uso abusivo da autonomia patrimonial, decorrente da personalização. Na teoria menor da desconsideração, a fraude é presumida, dispensa uma análise mais apurada, aplica-se a teoria a qualquer situação em que haja insolvência da sociedade, bastando que a independência patrimonial da sociedade e do sócio se afigure obstáculo à satisfação dos credores.

Fábio Ulhoa Coelho procurou sistematizar as diferentes formas propostas de desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. Tendo-se em vista que em inúmeros casos o legislador denominou desconsideração da personalidade jurídica, muito embora não passasse de responsabilização do sócio ou administrador por atos praticados em nome da sociedade.

Segundo Alexandre Couto e Silva, “a teoria maior (mais elaborada) corresponde ao verdadeiro objetivo da criação da teoria da desconsideração da personalidade

¹⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: Direito de empresa. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 36.

¹⁴³ COELHO, F. U. *Idem*. p. 37.

jurídica, ao se fundamentar na existência de fraude ou do abuso de direito para que se possa atingir a personalidade jurídica dos sócios”¹⁴⁴.

Diante da análise jurisprudencial é visível a utilização da teoria menor da desconconsideração da personalidade jurídica em diversos ramos do Direito, em especial, no Direito do Trabalho.

Nesse sentido, o agravo de petição exposto¹⁴⁵:

Conclui-se que nestes casos, não há distinção entre a desconconsideração e outros institutos, como fraude a credores, dissolução irregular da sociedade, atos ultra vires, responsabilidade subsidiária. Todas as vezes que a pessoa jurídica não tiver bens suficientes em seu patrimônio para a satisfação do crédito ou até mesmo em razão de falta de liquidez, os sócios seriam responsabilizados. Instituto este amplamente utilizado na Justiça do Trabalho.

A teoria menor da desconconsideração da personalidade jurídica ao dispor que cabe a aplicação pelo simples fato do prejuízo do credor, “acabaria por destruir o instituto da pessoa jurídica”¹⁴⁶. Conforme destaque de por Daniel Pitta¹⁴⁷, ao se tomar a teoria menor da desconconsideração, estar-se-ia “tornando ilimitada a responsabilidade dos sócios ou acionistas das sociedades para com as dívidas destas (...)”, o que, “acarretará um custo social imensamente maior do que o prejuízo causado aos credores da sociedade, ainda que trabalhistas (...)”.

É evidente a hipótese de insegurança jurídica na utilização da teoria menor da desconconsideração.

Segundo Couto Silva, “a teoria menor, (...), não pode ser aplicada indiscriminadamente em detrimento ao instituto da pessoa jurídica, devendo ser rejeitada pelos doutrinadores e pelo judiciário”¹⁴⁸.

¹⁴⁴ COUTO SILVA, A. **A aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. p. 139.

¹⁴⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 10ª Turma. Agravo de Petição 0062000-59.2003.5.04. Relatora: Juíza Convocada: Rejane Souza Pedra. Julgamento em 11 de março de 2010.

¹⁴⁶ COUTO SILVA, A. *Op. cit.* p. 139.

¹⁴⁷ PITTA, Daniel Schmidt. “Abusos na aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro”. *Jus Navigandi*. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7537>, Acesso em 12.09.2010

¹⁴⁸ COUTO SILVA, A. *Op.cit.* p. 139.

Não se faz imperioso, segundo Fábio Ulhoa Coelho, um permissivo legal em cada ramo do Direito para se imputar a desconconsideração da personalidade jurídica¹⁴⁹. Pode o juiz ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que necessário à repressão de fraudes e à coibição do mau uso da forma da pessoa jurídica. Um apelo à observância da teoria maior. Como analisado, o artigo 50 do código civilista definiu os pressupostos autorizadores da aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica.

Constatou-se, da análise jurisprudencial feita, que ainda quando evocado o artigo 50 do Código Civil, a teoria é utilizada de forma errônea. Simplesmente ignoram-se seus requisitos. Como visto na análise deste dispositivo, regra norteadora no direito pátrio sobre a desconconsideração da personalidade jurídica, esse instituto tem o propósito de coibir a utilização da pessoa jurídica em desacordo com os fins da personificação, e não resolver o problema do inadimplemento da pessoa jurídica.

Alexandre Couto Silva, nesse sentido, resume a aplicação da teoria da desconconsideração na justiça laborista: “Conclui-se que errônea e exacerbadamente, a Justiça do Trabalho tem aplicado a teoria da desconconsideração que deve ser adequadamente empregada sempre que a pessoa jurídica tem sido utilizada para abuso ou fraude, ou seja, com desvio de finalidade”¹⁵⁰.

A Justiça do Trabalho utiliza a desconconsideração da pessoa jurídica como mecanismo para dar agilidade às execuções trabalhistas. No entanto, tem-se aplicado tal instituto de forma arbitrária e temerária. Não observando os requisitos autorizadores da teoria. A fim de não haver insegurança quanto à aplicabilidade, e afastar as críticas postas, indicar-se-á a solução contida na própria CLT, orientada pelos princípios do Direito do Trabalho.

Aplicar de forma escorreita a teoria da desconconsideração da pessoa jurídica pressupõe a capacidade interpretativa e valorativa dos magistrados. Não se coadunam com essa doutrina a comodidade e a ausência de raciocínio, frente às quais, ordinariamente, sucumbem alguns juízes pátrios¹⁵¹.

¹⁴⁹ COELHO, F. U. **Curso de direito comercial**. p. 55.

¹⁵⁰ COUTO SILVA, A. **A aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. p. 183.

¹⁵¹ CEOLIN, A. C. S. **Abusos na aplicação da teoria da desconconsideração da pessoa jurídica**. p. 15.

4 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO E A JUSTIÇA DO TRABALHO

4.1 CARÁTER ALIMENTAR DO CRÉDITO TRABALHISTA

É fundamental para o presente trabalho compreender o caráter alimentar do crédito trabalhista, eis que, como visto, é critério justificador das decisões que desconsideram a personalidade jurídica no Direito do Trabalho.

Não só na jurisprudência e doutrina trabalhistas, o crédito do trabalhador é privilegiado em face de qualquer outro, justamente pelo seu caráter alimentar¹⁵².

Neste sentido, decisão proferida no Tribunal do Trabalho de Porto Alegre, em acórdão da lavra do Des. Leonardo Meurer Brasil, cujos fundamentos, em excertos, e com a devida vênia, servem-se de reforço ao exposto¹⁵³:

Afigura-se válida a constrição judicial levada a efeito, em sede de execução trabalhista, sobre bem do executado já onerado com garantia hipotecária, em face do caráter preferencial do crédito trabalhista, que prefere a qualquer outro, mesmo que anteriormente constituído. Isso porque as dívidas trabalhistas, em razão de seu caráter alimentar, preferem a todas as demais, conforme estabelecido no artigo 186 do CTN, opondo-se, inclusive, contra os credores com garantia real (penhor, anticrese, hipoteca, etc.), ainda que a garantia tenha sido constituída anteriormente. Hipótese corroborada pelo disposto no art. 30 da Lei nº 6.830/80, aplicável à execução trabalhista por força do art. 889 da CLT.

¹⁵² Vide-se a Nova Lei de Falências, Lei n. 11.101/2005, que dispõe que o plano de recuperação não poderá prever prazo superior a um ano para pagamento do crédito derivado da legislação trabalhista (art. 54). Outrossim, na falência (art. 83); muito embora neste haja uma limitação do crédito a um limite de 150 salários mínimos. Segundo Ana Cristina Tavnaro Pereira, p. 250, **Proteção ao crédito trabalhista na insolvência do empregador**. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord.). *Direito do Trabalho Contemporâneo*. Flexibilização e Efetividade. São Paulo: Ltr. 2003. “O crédito trabalhista, portanto, constitui-se em crédito privilegiado perante o processo de falência, precipuamente por sua natureza alimentar”.

¹⁵³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 10ª Turma. Agravo de Petição 00021600-88.2008.5.04.0025. Relator: Des. Juíza Convocada: Rejane Souza Pedra. Julgamento em 16 de setembro de 2010.

Na mesma linha a lição de Hermelino de Oliveira Santos, ao justificar o uso da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, destaca esse caráter preferencial, *in verbis*:

A importância social do crédito trabalhista, decorrente de sua natureza alimentar, justifica a imperiosa necessidade de privilegiar sua execução pelo emprego de todos os meios processualmente lícitos e capazes de tornar efetiva e concreta a prestação jurisdicional, como uma responsabilidade indelegável do Poder Judiciário.¹⁵⁴

A doutrina e a jurisprudência são unânimes ao admitir o privilégio do crédito trabalhista. No entanto, a indagação acerca do que seria a natureza alimentar desse crédito ainda persiste.

A legitimidade do crédito trabalhista possui fundamento constitucional. No capítulo dos Direitos Sociais, como direitos dos trabalhadores, está o salário. Como é observado, a partir do:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)
IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (...). (grifou-se)

Segundo Cezarino Jr., citado pelo Departamento de Assessoria Tributária e Empresarial da Price Waterhouse¹⁵⁵, a expressão direito social é consagrada na ciência do Direito em oposição ao termo “direitos individuais” e traduz o complexo de normas e princípios que têm por sujeitos os indivíduos enquanto membros de grupos sociais diferentes do Estado e, tendo em vista as diferenças de situação econômica entre eles existentes, visa a colaboração de todos ao bem comum, atribuindo determinadas garantias aos grupos menos favorecidos.

Nesse sentido, os direitos sociais seriam condutas das atividades norteadoras do Estado, tendentes a exigir uma intervenção positiva na ordem social. Com esse

¹⁵⁴ SANTOS, H. O. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho**. p. 164.

¹⁵⁵ CESARINO JUNIOR, in *Direito Social Brasileiro*, p. 20, 1º volume, SP, 1970, Saraiva. Citado na obra de PRICE WATERHOUSE. **A Constituição do Brasil 1988 comparada com a Constituição de 1967 e comentada**. Departamento de Assessoria Tributária e Empresarial. São Paulo, 1989. p. 199.

olhar, o que o constituinte dispôs as normas trabalhistas no campo dos Direitos Sociais. Os direitos trabalhistas entrariam, desse modo, como direitos sociais em sentido estrito.

O princípio da dignidade da pessoa humana é postulado fundamental e a base principiológica de todo ordenamento pátrio. Deste modo, a partir de uma compreensão sistemática e axiológica, a Constituição Federal de 1988, ao assegurar a todo brasileiro o direito à existência digna, garante o salário ao trabalhador, tendo-se em vista que este representa para muitos o único meio de sua sobrevivência¹⁵⁶.

“A constituição Federal de 1988, como facilmente se constata, dá ênfase especial aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, mantendo o princípio da irredutibilidade, integridade e intangibilidade do salário, atenta à sua natureza alimentar”¹⁵⁷.

Apesar de a previsão do salário mínimo como preceito constitucional, no Brasil, ter ocorrido com a Constituição Federal de 1934¹⁵⁸, pode-se afirmar que foi a Constituição Federal de 1988 que elevou tal direito à categoria de direito fundamental, estabelecendo garantias para sua proteção¹⁵⁹.

O salário, como “causa pela qual o trabalhador oferece seus serviços”¹⁶⁰, é protegido pelo ordenamento pátrio através dos princípios da inalterabilidade salarial, da irredutibilidade, da proibição de descontos, da vedação de retenção do salário, da impenhorabilidade, e, como visto, da prioridade dada ao crédito trabalhista quando de concurso de credores¹⁶¹.

¹⁵⁶ A importância dada ao salário é remetida à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que defende o direito a uma remuneração justa, compatível com a dignidade humana, satisfatória a um padrão de vida decente.

¹⁵⁷ ALMEIDA, Amador Paes de. **CLT Comentada**: legislação, doutrina, jurisprudência. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 7.

¹⁵⁸ Art. 121: A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: (...) b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador; (...).

¹⁵⁹ SOUZA, Gelson Amaro de. O salário como direito fundamental: revisitação. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo, v. 20, n. 234, dez. 2008. p. 47.

¹⁶⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Curso de Direito do Trabalho**: contratos de Trabalho. Tradução de João da Silva Passos. São Paulo: LTr. 1982. p. 144.

¹⁶¹ Tais princípios estão dispostos na Constituição Federal (art. 7º) e na CLT.

Salário é o meio de sobrevivência do trabalhador empregado. Responde às necessidades vitais do ser humano, advindo daí sua natureza alimentar.

Amauri Mascaro Nascimento brilhantemente expôs o caráter de subsistência do salário ao denominá-lo de “salário vital”, eis que “visa garantir ao ser humano o mínimo de que tem necessidade para sobreviver”. E ainda, afirma:

(...) a subsistência humana exige que o valor do salário possa corresponder às necessidades básicas sem as quais ninguém pode viver dignamente. Surge, como ensina Adatao Fernandes, como imperativo de uma necessidade inadiável, e deve assegurar aos trabalhadores, não um nível de vida conveniente, mas, um *standard* de vida trabalhista, isto é, o mínimo indispensável à realização da vida do homem trabalhador ¹⁶².

O princípio do salário vital pode ser traduzido da forma que se segue, “em nenhum ordenamento jurídico o valor do salário pode desatender às necessidades mínimas de subsistência do trabalhador” ¹⁶³. Nesse sentido, o princípio reflexo do salário vital está no salário mínimo. A idéia do salário mínimo relaciona-se com a concepção do salário vital. “O objetivo é o suprimento das necessidades mínimas abaixo das quais é impossível o atendimento, pelo trabalhador, das suas necessidades elementares de subsistência pessoal ou familiar” ¹⁶⁴.

Segundo Amauri¹⁶⁵, a teoria do salário como crédito alimentício foi sustentada, também, por Couture que preconiza a defesa do salário pelo Estado; Planiol e Ripert, Santoro-Passarelli para quem a retribuição do trabalho deve ser considerada não de modo unicamente correspectivo da atividade do trabalhador, mas também, de modo objetivo segundo as suas necessidades pessoais e familiares; Paul Durand¹⁶⁶ para quem o salário é indispensável para prover a subsistência, daí o seu caráter alimentício, observando, no entanto, este último, que, reconhecer a sua natureza alimentícia não é o mesmo que identificá-lo como uma obrigação alimentícia de natureza civil porque o salário não tem um fundamento assistencial, mas contratual.

¹⁶² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria Jurídica do Salário**. São Paulo: Ltr. 1994. p. 28.

¹⁶³ NASCIMENTO, A. M. *Idem*. p. 29.

¹⁶⁴ NASCIMENTO, A. M. *Idem*. p. 30.

¹⁶⁵ NASCIMENTO, A. M. *Idem*. p. 30 e 31.

¹⁶⁶ Paul Durand, *Traité du droit du travail*, citado por Amauri Mascaro Nascimento. *Op.cit.* p. 31.

No entanto, não é pacífica a doutrina. Nem todos os autores identificam, no salário, um crédito alimentício. Preferem ver no direito ao salário um instituto compreendido no âmbito do direito das obrigações e que não sai da esfera do contrato de trabalho, manifestando-se como um direito de crédito correlativo à atividade prestada. Embora haja essa crítica, todos os autores reconhecem que a função do salário é prover a subsistência¹⁶⁷, e é essa percepção fundamental que se sustenta.

Para Paul Durand, todo trabalhador deve obter através do seu trabalho ganho suficiente para assegurar a sua subsistência, pessoal e familiar. Os sistemas jurídicos devem instituir abonos familiares. O salário deve ser visto numa perspectiva objetiva e subjetiva, inclusive psicossociológica.

As ações dos eventuais credores do trabalhador não devem privá-lo do salário adequado para que possa cumprir as necessidades alimentares. Descontos e compensações nos salários serão limitados para que não falem os recursos necessários para os objetivos do salário. A impenhorabilidade do salário deve ser absoluta¹⁶⁸. O pagamento do salário ainda deve observar períodos que permitam a satisfação regular das necessidades alimentares¹⁶⁹.

O aspecto prioritário do salário é a satisfação das necessidades de sobrevivência pessoal e familiar do trabalhador¹⁷⁰.

No entendimento de Orlando Gomes e Elson Gottschalk:

O salário do empregado é, antes de tudo, destinado ao seu próprio sustento e ao da família. Com as energias despendidas no trabalho obtém os meios de vida e de subsistência, única fonte de renda e de manutenção a que pode aspirar. Daí, a proteção especial dispensada pela lei ao salário, que em determinadas circunstâncias não pode ser cedido, penhorado ou feita, sobre o mesmo, a compensação legal. A regra cede passos, apenas, em estritos casos,

¹⁶⁷ Nesse sentido, Vincenzo Cassi citado por NASCIMENTO, A. **Teoria Jurídica do Salário**. p. 32.

¹⁶⁸ Admite-se, no entanto, a penhora de verbas de natureza alimentar na hipótese de execução de alimentos, conforme previsto pelo parágrafo segundo do artigo 649 da CLT. Pela lei 11.382/2006, o salário é impenhorável até o montante de vinte salários mínimos. "A regra cede passos, apenas, em estritos casos, notadamente quando se trata de *ação de alimentos*, hipótese em que outro interesse de ordem pública se manifesta, com maior relevância". GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999. p. 212.

¹⁶⁹ NASCIMENTO, A. M. *Op.cit.* p. 33.

¹⁷⁰ Não adentraremos aos outros aspectos do salário. Tendo-se em vista que é através do salário que políticas públicas são elaboradas, o combate à inflação, por exemplo. Nesse sentido, ver o estudo de Amauri Mascaro Nascimento, *Idem*. p. 258 a 281.

notadamente quando se trata de ação de alimentos, hipótese em que outro interesse de ordem pública se manifesta, com maior relevância ¹⁷¹.

E, segundo Gelson Amaro de Souza, “não se pode ter dúvida de que a natureza do salário é mesmo alimentar. É o salário quem garante a sobrevivência do empregado, até mesmo porque este só trabalha por necessidade de sobreviver” ¹⁷².

Embora se tenha clara a idéia de que o crédito trabalhista não se resume ao salário, haja vista que este advém de uma relação empregatícia¹⁷³, estende-se a análise feita dessa contraprestação onerosa a todas as contraprestações dadas aos trabalhadores, eis que a gênese de um crédito trabalhista está numa relação de trabalho e, como vimos, o trabalhador, ao disponibilizar seu tempo de serviço, o faz por necessidade de sobrevivência. Diante da inteligência da natureza vital do trabalho e da eleição de uma vida digna pela carta constituinte é que se justifica o caráter alimentar do crédito trabalhista.

4.2 A SISTEMÁTICA DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Segundo Célio Horst Waldraff, a sistemática da Consolidação das Leis do Trabalho atribui à empresa e não à pessoa jurídica a condição de sujeito de direito¹⁷⁴. O artigo 2º, fá-lo ao considerar empregador a empresa, *in verbis*:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as

¹⁷¹ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. p. 212.

¹⁷² SOUZA, G. A. O salário como direito fundamental: revisitação. p. 52.

¹⁷³ Art. 457 da CLT.

¹⁷⁴ WALDRAFF, C. H. A empresa como Sujeito de Direito e a Incompatibilidade do Art. 50, do NCCB, com o Direito do Trabalho. p. 226.

associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Não há dúvida de que, para a Consolidação das Leis do Trabalho, empregador é a empresa. Vários são os desencontros doutrinários quanto ao conteúdo desse dispositivo, o que o torna alvo de muitas críticas. Alguns divergem quanto ao conceito de empresa, outros, de empregador.

Constata-se que muitas das análises que reprovam o preceito em comento partem de uma arquitetura civilista, olvidando a autonomia do Direito do Trabalho, detentor de institutos característicos que sinalizam sua existência como ramo autônomo.

Maurício Godinho Delgado afirma que empregador é “a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata a uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e sob sua subordinação” ¹⁷⁵. Para este autor, “o enunciado do *caput* celetista é, tecnicamente, falho (...). Na verdade, empregador não é a *empresa* – ente que não configura, obviamente, sujeito de direitos na ordem jurídica brasileira. Empregador será a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado titular da empresa ou estabelecimento” ¹⁷⁶.

O esforço de adequação das regras trabalhistas às categorias do Direito Privado veio através de dispositivos outros, como o artigo 3º da Lei 5.889 de 1973, ao dispor que, “considera-se empregador rural, para os efeitos desta Lei, a pessoa física ou jurídica”. E o artigo 15 da Lei 8.036 de 1990, “entende-se por empregador a pessoa física ou jurídica de direito privado ou de direito público, (...)”.

É vista, portanto, a submissão do conceito de empresa e de empregador ao Direito Civil. No mesmo sentido, Délio Maranhão, para quem “somente a pessoa física

¹⁷⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 391.

¹⁷⁶ DELGADO, M. G. *Idem*. p. 391. Ainda, Alice Monteiro de Barros. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr. 2006. p. 348.

ou jurídica pode contratar”¹⁷⁷. Não se refuta a validade de tal assertiva. A pessoa jurídica possui existência reconhecida pelo Direito quando se relaciona no mundo jurídico, é sujeito de direito em um dos pólos da relação contratual¹⁷⁸. Adverte-se, todavia, que não se está diante de um contrato qualquer, mas de um contrato de trabalho¹⁷⁹. Essa consideração, por si só, não utiliza a imputação de personalidade prevista naquele campo¹⁸⁰.

O próprio conceito de pessoa jurídica, utilizado no campo civilista, está em crise. Ponto fundamental destacado por J. Lamartine Corrêa de Oliveira, uma, por não condizer com a realidade, outra, por ser instrumento de abusos de direito. Deparado por tal impropriedade, Marçal Justen Filho chegou a relativizar o conceito de pessoa jurídica.

Nesse sentido, depara-se com postulados consagrados no ordenamento jurídico que não mais correspondem à exigência social. Ao invés de se mostrarem benéficos ao trânsito jurídico, tornam-se empecilhos, desvirtuando sua própria razão de ser. A solução trazida pelo sistema foi a teoria da desconsideração.

Ocorre que o Direito do Trabalho existe para a tutela do trabalhador, na sua dignidade constitucionalmente reconhecida. É ramo autônomo do Direito. Regido por princípios que caracterizam sua autonomia, sua essência. Deve sempre se seguir pelos “padrões mais altos de dignidade e de humanidade da justiça social”¹⁸¹. Importa, para que o trabalhador seja respeitado.

A proteção dada ao trabalhador enquanto homem hipossuficiente na relação de trabalho se traduz na existência dessa disciplina, com institutos e sistematização

¹⁷⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo *et. al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. vol. 1. 22. ed. São Paulo: Ltr. p. 290.

¹⁷⁸ José Lamartine Corrêa de Oliveira.

¹⁷⁹ Para Cuche, o traço característico do contrato de trabalho reside no fato de que a pessoa coloca sua capacidade de trabalho de modo contínuo à disposição de outra mediante uma remuneração. É visto, portanto, que o contrato de trabalho se consubstancia na relação entre capital e trabalho. Citado por Evaristo de Moraes Filho. **Do contrato de trabalho como elemento de empresa**. São Paulo: Ltr, 1993. p. 225.

¹⁸⁰ Se admitirmos que deve ser necessariamente pessoa jurídica, aí sim poderíamos falar em teoria da desconsideração da personalidade jurídica, eis que é pressuposto para a aplicação da teoria é a existência de uma pessoa jurídica.

¹⁸¹ Exposição de Motivos da CLT, item 12.

próprios. É nesse contexto que se justifica a empresa como sujeito de direito. Não se nega a caracterização de empresa como “atividade economicamente organizada”¹⁸², ou ainda, como objeto, identificada como conjunto de bens¹⁸³. Torna-se, desse modo, inviável um conceito unitário.

Embora inexista unidade de vistas sobre o seu conceito, quatro sentidos ou perfis costumam ser-lhe atribuídos: o subjetivo, como expressão sinônima de empresário; o funcional, como atividade econômica organizada; o objetivo, significando *azienda*, ou seja, o complexo de elementos patrimoniais destinados ao exercício da atividade empresarial; o corporativo, ou institucional, decorrente de uma organização de pessoas, formada pelo empresário e pelos seus colaboradores¹⁸⁴.

É, portanto, imperioso contextualizar a empresa¹⁸⁵. Ao se tratar de um contrato de trabalho, a empresa estaria em um dos pólos da relação. O Direito do Trabalho adota o conceito de empresa, e não de pessoa jurídica propriamente. Este *ente despersonalizado* a que muitos autores se referem, é nada mais que a empresa¹⁸⁶. O empregado, ao contratar seus serviços, não o faria com a pessoa física do empregador, mas com o organismo da empresa, levando-se em conta o princípio da proteção do trabalho humano, “cuja garantia independe da orientação ou da destinação do empreendimento. Onde houver trabalho subordinado, utilizado de par com meios instrumentais, na realização de uma atividade, aí haverá credor de trabalho, cuja responsabilidade fica, no entanto, subsumida nos meios instrumentais, sejam bens, nome comercial, disponibilidades orçamentárias ou similares”¹⁸⁷. Pode-se concluir que empresa detém o empregador e tem empregado.

¹⁸² Conceito este trazido no Código Civil de 2002, no artigo 966 que, sob inspiração italiana, ao definir empresário, entende empresa como atividade economicamente organizada.

¹⁸³ “A noção de empresa assume aspectos multiformes. É possível de ser focalizada nos planos econômico, contábil e jurídico. No âmbito jurídico, vem particularmente considerada pelo Direito Comercial, pelo Fiscal, pelo Econômico e pelo Direito do Trabalho”. DONATO, Messias. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva. 1981. p. 11.

¹⁸⁴ Bueno Magano citado por DONATO, Messias Pereira. *Idem*. p. 12

¹⁸⁵ Confira-se Sergio Pinto Martins com os diferentes enfoques dados à empresa. MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 179 a 182.

¹⁸⁶ BARROS, Alice Monteiro de. “Para nós, empregador é a pessoa física, jurídica ou o ente que contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”. **Curso de Direito do Trabalho**. p. 348.

¹⁸⁷ DONATO, Messias Pereira. *Op.cit.* p. 12.

A Exposição de Motivos da Consolidação, no item 28, dispôs que “em relação aos contratos de trabalho, cumpre esclarecer que a precedência das ‘normas’ de tutela sobre os ‘contratos’ acentuou que a ordem institucional ou estatutária prevalece sobre a concepção contratualista”. A identificação da empresa como elemento do contrato de trabalho, segundo Arnaldo Süssekind, existiria independente da divergência existente entre contratualistas e institucionalistas ¹⁸⁸. Com propriedade, este autor, em Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, “o que ocorre é que os direitos e obrigações pertinentes às relações de trabalho nascem em função da empresa; são inerentes a ela e não à pessoa natural ou jurídica que, no momento, detém o seu domínio” ¹⁸⁹. A empresa foi considerada, para os efeitos da Consolidação, como “verdadeiro empregador” ¹⁹⁰.

Embora muitos doutrinadores discordem, “na *pragmática*, a verdade é que o entendimento jurisprudencial já consolidado há décadas implica tratar a empresa como sujeito de direito” ¹⁹¹.

Nesse sentido, permita-se colacionar decisões do Tribunal Superior do Trabalho que colocam a empresa no pólo passivo da demanda trabalhista.

A sucessão de empregadores é normatizada nos artigos 10 e 448 da CLT, determinando que qualquer forma de alteração na estrutura jurídica do titular da empresa ou na propriedade não irão alterar o contrato de trabalho do empregado. Tais dispositivos, somados ao art. 2º, caput e seus parágrafos da CLT, implicam na personificação da empresa como sujeito de direito para o Direito do Trabalho pátrio. Assim, é a integração econômica decorrente da organização dos fatores de produção que constitui o elemento que vincula entidades distintas para fins de responsabilização trabalhista ¹⁹².

¹⁸⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar**. Vol. I. São Paulo: Freitas Bastos S/A. 1960. p. 62

¹⁸⁹ SÜSSEKIND, A. *Idem*. p. 63. Segundo Süssekind, a revisão do anteprojeto que inseriu na redação final da legislação trabalhista o conceito de empregador teve a intenção de *estatuir* a empresa como sujeito de direito na relação de emprego (p. 62). No mesmo sentido o item 53 da Exposição de Motivos da Consolidação, que dispõe que “a comissão, inseriu a definição de empregador, que integra o conceito definitivo de relação de emprego”.

¹⁹⁰ SÜSSEKIND, A. *Idem*. p. 62.

¹⁹¹ WALDRAFF, C. H. A empresa como Sujeito de Direito e a Incompatibilidade do Art. 50, do NCCB, com o Direito do Trabalho. p. 232.

¹⁹² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Recurso de Revista. TST-RR-13759/2002-007-09-00.8. Recorrente: Massa Falida da Companhia Estearina Paranaense e Recorridos SIM Consultoria e Sistemas S/C Ltda. E Reginaldo da Silva Paixão. Relator: Ministro Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Julgamento em 3 de junho de 2009.

E ainda, confira-se a decisão do Ministro Rider de Brito¹⁹³:

Os contratos de trabalho são celebrados com a organização de trabalho, não estão vinculados às pessoas que eventualmente estejam dirigindo essa organização.(...)

Analisada a questão por esse ângulo, pode-se concluir que o vencido, responsável pelo pagamento da condenação, é a empresa, considerada como o conjunto de bens materiais e imateriais que compõem o empreendimento. Esse conjunto de bens é que estará sujeito à execução, não importando quais as pessoas físicas detentoras ou proprietárias deles, já que **"qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados"** nem os seus direitos adquiridos (arts. 448 e 10 da CLT).

Os empregados, nesse sentido, estariam vinculados à empresa, não às pessoas. A empresa assumiria a característica de assunção dos riscos do empreendimento ou do trabalho, como responsável pelos custos e resultados do trabalho prestado¹⁹⁴, independente do envoltório formal a presidir sua atuação no campo da economia e da sociedade.

Evaristo de Moraes Filho¹⁹⁵ brilhantemente dispôs que "o contrato de trabalho, uma vez celebrado, leva mais em consideração a empresa do que pròpriamente a pessoa de quem o conclui pelo lado patronal"¹⁹⁶ e ainda, do lado patronal "toma-se como ponto de referência ou de convergência dos contratos de trabalho, não mais a pessoa física ou jurídica do seu titular, e sim o próprio *organismo produtivo*"¹⁹⁷ (grifou-

¹⁹³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. Recurso de Revista. TST-RR-536.697/99.9. Recorrente: MRS Logística S/A e Recorridos: Rede Ferroviária Federal S/A e Antônio Narciso dos Santos. Relator: Ministro Rider de Brito. Julgamento em 2 de agosto de 2009.

¹⁹⁴ "Em conformidade com o dispositivo legal em exame, os *riscos da atividade econômica* são exclusivamente do empregador, não podendo o empregado sofrer qualquer dano em seus direitos em decorrência de queda nas vendas, retração dos negócios ou insolvência da empresa". ALMEIDA, A. P. **CLT comentada**. p. 33.

¹⁹⁵ Em dissertação apresentada à Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil para cadeira de Direito do Trabalho, em 1957.

¹⁹⁶ MORAES FILHO, E. **Do contrato de trabalho como elemento da empresa**. p. 236.

¹⁹⁷ MORAES FILHO, E. *Idem*. p. 239.

se). É através do exposto que se justifica o fato de que o contrato de trabalho não é *intuitu personae* quanto à pessoa do empregador¹⁹⁸.

O fato de o contrato de trabalho não ser *intuitu personae* em relação ao empregador se explica pela circunstância de que ao trabalhador o que interessa fundamentalmente é que se lhe conceda uma oportunidade de pôr suas energias à disposição de alguém, mediante o pagamento de um salário determinado. Não lhe interessa a quem a empresa pertença, se a uma pessoa física ou jurídica¹⁹⁹.

Evaristo de Moraes Filho abandona qualquer teoria que explica definir a natureza jurídica da empresa, ao destacar que o fato social e econômico não pode ser abandonado. O contrato de trabalho para o autor não é feito entre indivíduos, entre patrão e operário.

Pelo contrário, ao ingressar num estabelecimento, para o qual passa a trabalhar, a prestar serviços, a 'colaborar', como prefere dizer o código italiano, já aí encontra o novo empregado um organismo em pleno funcionamento, com unidade objetiva, possibilidade de vida própria, constituído de coisas, de bens e de pessoas^{200 201}.

O artigo 2º, segundo Elson Gottschalk, reconheceu uma "vinculação objetiva, decorrente das circunstâncias do lugar, das condições e dos fins do trabalho contratado. Neste sentido, por certo, o contrato é feito tendo em vista a empresa. Logo, enquanto persistir a empresa, a ela prende-se objetivamente o contrato de trabalho,

¹⁹⁸ "Contudo, em alguns casos excepcionais, o contrato de trabalho pode ser *intuitu personae* também com referencia ao empregador. Essa situação se produz naqueles casos raros em que o trabalhador levou em conta a pessoa do empregador para celebrar o contrato de trabalho. Embora não freqüentemente, esses casos acontecem algumas vezes: quando o contrato de trabalho se refere a uma atividade intimamente conexa com a vida do empregador, e que não pode ser continuada por seus herdeiros. (...) Em que há uma razão diretamente vinculada à pessoa do empregador para celebrar o contrato". PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1978. 4ª tiragem. 1996.

¹⁹⁹ PLÁ RODRIGUEZ, A. *Idem*. p. 184.

²⁰⁰ MORAES FILHO, E. **Do contrato de trabalho como elemento da empresa**. p. 241.

²⁰¹ Evaristo de Moraes Filho ao citar Gasparri, "a intensidade desta relevância da empresa no contrato de trabalho, de vez que este continua com todos os seus efeitos no que se refere ao empresário subentrante". *Idem*. p. 243.

obrigando o proprietário a respeitá-lo em todos os seus termos”²⁰². É a solução prática que redundará em favor do empregado.

Arnaldo Süssekind, um dos membros da Comissão elaboradora da Consolidação das Leis do Trabalho, em entrevista dada ao Jornal *A Manhã*²⁰³, admite que o disposto no artigo 2º é uma inovação de caráter doutrinário trazida pela Consolidação.

Essa tese do contrato de trabalho como elemento de empresa, tal como proposta por Evaristo de Moraes Filho, encontra ainda respaldo nos artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 10: Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.
Art. 448: A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Para o autor, o termo *sucessão de empresa*, tal como adotado livremente, seria melhor identificado como sucessão de empregadores, eis que a mudança destes não descaracterizaria o contrato de trabalho formado, haja vista a continuidade econômica da empresa.

Fica demonstrada aqui a impropriedade da doutrina que considerou “falho” o disposto no artigo 2º da CLT. Consideram-no como positiva a proposta da Consolidação, haja vista sua *funcionalidade*. Ora, esse é o critério que deve prevalecer na justiça laborista, não as formas adotadas pelo Código Civil, destinadas a reger relações jurídicas de outra natureza. A eleição do termo empresa tem o sentido funcional, prático, de acentuar a importância do fenômeno da despersonalização da figura do empregador²⁰⁴. Nesse sentido, a CLT dispõe que interessa à ordem justrabalhista a continuidade da situação da empresa, não importando a alteração do

²⁰² Citado por SÜSSEKIND, A. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar**. p. 64 .

²⁰³ Em 1944, intitulada ‘O Brasil pode orgulhar-se de marchar entre os vanguardeiros da legislação social trabalhista’, in GOMES, Angela de Castro; PESSANHA, Elina G. da Fonte; MOREL, Regina de Moraes (orgs). **Arnaldo Süssekind, um construtor do direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 215 e 216.

²⁰⁴ DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. p. 394.

titular da empresa. Insiste esse dispositivo na relevância da vinculação do contrato ao empreendimento empresarial, independentemente de seu titular. Torna-se clara aqui a noção de empresa se postar no pólo passivo da relação analisada. E neste ponto a doutrina não diverge. A noção de empresa atribuída pela CLT acentua o caráter impessoal e despersonalizado com que age no contrato de trabalho.

Afirma Evaristo de Moraes Filho:

A empresa pode ser chamada de instituição, unicamente no sentido de que é um organismo objetivo que tem a possibilidade de perdurar indefinidamente, independe das singulares vidas concretas de seus diversos proprietários ou titulares. Os indivíduos passam e a empresa fica. Mais nada do que isso²⁰⁵.

A empresa, desse modo, constitui uma universalidade cujos elementos podem mudar, sem que se altere a unidade do conjunto. A continuidade da empresa se traduz nesse sentido de que haveria uma organização que permanece e dura, mesmo que sua direção mude. A personalidade do empregador é indiferente para a empresa.

Américo Plá Rodriguez destacou que seria inútil procurar no arsenal civilista o mecanismo jurídico que permita justificar essa substituição. Deve-se ver nesse fato uma manifestação objetiva e permanente da empresa, à qual o trabalhador permanece vinculado, à margem das vicissitudes puramente jurídicas, relativas a sua forma ou direção²⁰⁶. Nesse sentido, o autor de *Princípios de direito do trabalho* chegou a supor uma “personalização da empresa”²⁰⁷.

Diante do exposto, o empregador se define como empresa, ou seja, como conjunto de bens materiais, imateriais e pessoais para a consecução de determinado fim²⁰⁸. Não se está negando o conceito de pessoa jurídica definido por José Lamartine Corrêa de Oliveira, mas se destacando que a Consolidação das Leis do Trabalho possui mecanismos próprios para alcançar o crédito do trabalhador, o que leva a dispensar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho.

²⁰⁵ MORAES FILHO, E. *Do contrato de trabalho como elemento da empresa*. p. 252.

²⁰⁶ PLÁ RODRIGUEZ, A. *Princípios de direito do trabalho*. p. 187

²⁰⁷ PLÁ RODRIGUEZ, A. *Idem*. p. 186.

²⁰⁸ Noção trazida Arnaldo SÜSSEKIND. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar*. p. 66.

4.3 UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS

O Direito é uma disciplina social. Visa analisar o homem nas suas relações. Não há como negar sua constante evolução, eis que o homem é inconstante. No entanto, independentemente dos valores mundanos, vida e dignidade devem ser protegidas sempre. Da sobrevivência de problemas sociais, o direito se especializa. O Direito do Trabalho surge para privilegiar o homem enquanto trabalhador. Viável e recomendável, portanto, sua autonomia.

O Direito do Trabalho possui princípios próprios que o orientam e justificam sua existência como disciplina autônoma. Sua autonomia é uma “afirmação comum” para Plá Rodriguez ²⁰⁹, identificada por sua independência legislativa, doutrinária, didática e jurisdicional²¹⁰.

Com propriedade, Amauri Mascaro Nascimento afirma que “a diferença entre direito do trabalho e outros ramos do direito pelo objeto parte da verificação dos tipos de relações jurídicas que o integram, tanto no plano individual, do contrato de trabalho, como no coletivo, do direito sindical ou coletivo do trabalho” ²¹¹. As relações jurídicas que se desenvolvem no direito do trabalho evidentemente não se identificam, embora possam, em um ou outro caso, das que caracterizam os ramos do direito comum.

O Direito do Trabalho, no dizer de muitos autores, é uma das expressões mais marcantes da tendência do Estado moderno de intervir nas relações intersubjetivas ou inter-humanas, a fim de proteger o interesse do todo social que, em boa parte, se confunde com o dos economicamente fracos, quando em disputa com os economicamente fortes.

²⁰⁹ PLÁ RODRIGUEZ, A. **Princípios de direito do trabalho**. p. 9. Compartilham dessa opinião, Orlando Gomes, Mozart Russomano, Süsskind, Evaristo de Moraes Filho, entre outros.

²¹⁰ NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 234 a 237.

²¹¹ NASCIMENTO, A. M. *Idem*. p. 175.

O ser humano, para viver, precisa prover a sua subsistência. Para fazê-lo, depende do trabalho. Logo, o trabalho é um direito. É o direito que todo ser humano tem de converter a própria atividade em ganho de subsistência pessoal e familiar. O direito do trabalho está relacionado com o direito à vida e à subsistência.²¹²

O Direito brasileiro dá ao trabalho força jurídica de um valor social²¹³, tal como o faz à livre iniciativa. Esses valores, postos ao lado da dignidade da pessoa humana são os fundamentos da República Federativa do Brasil²¹⁴. A Constituição brasileira contempla o trabalho como direito de hierarquia axiológica superior. Nesse sentido, o artigo 170 da Constituição Federal, ao dispor que a atividade econômica deve estar “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, prevê que a ordem econômica deve priorizar os valores do trabalho humano sobre os demais valores da economia de mercado. Para Eros Graus é o trabalho humano o objeto a ser valorizado²¹⁵. Ainda, o artigo 193 da Constituição Federal reconhece o primado do trabalho como condição da efetividade da existência de forma digna. Portanto, a existência do Direito do Trabalho, enquanto disciplina autônoma, encontra amparo constitucional.

A importância de se colocar o direito ao trabalho nos direitos sociais está em reconhecê-los como “dimensões dos direitos fundamentais do homem, (...) prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao

²¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 25

²¹³ O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social.

²¹⁴ Art. 1º, Constituição Federal de 1988.

²¹⁵ EROS, Grau. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p 55. Em referência ao texto do artigo 170, esclarece o autor que “esta [a livre iniciativa] é então tomada singelamente”.

aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade” ²¹⁶.

O regramento do ramo trabalhista visa proteger o trabalhador como hipossuficiente na relação de trabalho. Nesse sentido, afirma Plá Rodriguez que a razão de ser do Direito do Trabalho está fundamentada no princípio protetivo²¹⁷. Esse fundamento do ordenamento jurídico laborista visa estabelecer um amparo preferencial ao trabalhador, tendo-se em vista sua desigualdade econômica no contrato de trabalho. Através dessa proteção à parte menos favorecida economicamente, alcançar-se-ia “uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes” ²¹⁸. Entra em conflito com o contratualismo francês da “pacta sunt servanda”, da máxima “qui dit contractuel, dit juste” ²¹⁹. Desta forma, conclui-se que o Direito do Trabalho ao procurar erradicar desigualdades, cria outras.

Para compensar a desigualdade econômica que se foi acentuando, cria-se em proveito dos trabalhadores uma série de vantagens que são unilaterais. Os novos privilégios – diz textualmente – permitirão ao trabalhador recuperar, no terreno do direito, o que perdeu no terreno da economia, pois se percebe facilmente que o equilíbrio não é suficiente quando estabelecido unicamente no terreno jurídico. ²²⁰

Do mesmo modo que no Direito comum impera a busca pela igualdade jurídica entre as partes do contrato, no Direito do Trabalho, ao se proteger a parte mais fraca da relação, estar-se-ia alcançando uma verdadeira igualdade entre as partes nos plano fático e jurídico. Nesse sentido que o princípio *pro operario* ou princípio mais favorável ao trabalhador fundamenta a existência do Direito do Trabalho, enquanto disciplina de proteção ao economicamente mais fraco.

Não pode haver contradição entre os princípios norteadores do Direito do Trabalho e os preceitos legais. O intérprete deve ter em mente essa premissa lógica.

²¹⁶ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 286 e 287.

²¹⁷ PLÁ RODRIGUEZ, A. **Princípios de direito do trabalho**. p. 30.

²¹⁸ PLÁ RODRIGUEZ, A. *Idem*. p. 28.

²¹⁹ Hoje, todos os ramos do direito, principalmente os mais avançados e orgânicos, oferecem mecanismos para compensar as desigualdades criando outras desigualdades (Eduardo Couture).

²²⁰ PLÁ RODRIGUEZ, A. *Op.cit.* p. 31.

Em termos de interpretação, aplicação da lei e aplicação de normas contratuais, utiliza-se a norma e a condição mais favorável ao trabalhador²²¹.

De tal forma que se refuta a sugestão dada por muitos autores²²² e amplamente utilizada na jurisprudência de aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, tal como prevista no artigo 50 do Código Civil, através do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, eis que este dispositivo, ao traçar o roteiro a ser seguido pelo magistrado em face de lacunas na lei trabalhista, é diligente na permissão do direito comum como fonte subsidiária, vide-se:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

O direito comum deve se submeter à “omissão-compatibilidade-favorecimento”²²³. Ou seja, além da omissão no texto celetista, “tal subsidiariedade tem, como pressuposto necessário, a compatibilidade de suas normas com as características do direito do trabalho”²²⁴, visando sempre o que for mais favorável ao trabalhador.

Desta feita, não há necessidade de utilizar essa regra civilista. A uma, a Consolidação das Leis do Trabalho dispõe de orientação própria para configurar o empregador, que não se encaixam nos moldes de pessoa jurídica, o que por si só refuta a omissão a que se refere o artigo 8º. A duas, ao se fazer uso do artigo 50 do

²²¹ Para Plá Rodriguez, o princípio protetivo se expressa de três maneiras: *in dubio pro operario*, norma mais favorável e condição mais benéfica.

²²² Entre eles, José Affonso Dallegrave Neto. “Por diversas razões poder-se inferir que a teoria da desconsideração da pessoa jurídica se aplica às execuções trabalhistas. Em primeiro lugar porque a CLT, no parágrafo único do art. 8º, elege o Direito Comum como fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com seus princípios. Logo, perfeita é a aplicação do art. 50 do Novo Código Civil (...)”. DALLEGRAVE NETO, José Affonso. A execução dos bens dos sócios em face da *disregard doctrine*. In: DALAZEN, João Oreste e DALLEGRAVE NETO, Ney (coord.). **Execução Trabalhista**. Estudos em homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen. São Paulo: LTr, 2002. p. 193.

²²³ WALDRAFF, C. H. A empresa como Sujeito de Direito e a Incompatibilidade do Art. 50, do NCCB, com o Direito do Trabalho. p. 238.

²²⁴ SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho comentada**. 37ª ed. atual. e rev. por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr. 2004. p. 47.

Código Civil, estar-se-á indo contra aos princípios do Direito do Trabalho, eis que, como postulados orientadores da relação de trabalho, buscam colocar em equilíbrio essa relação, partindo de premissas distintas das que se utilizam os outros ramos do Direito.

A aplicabilidade de princípios comuns é plenamente possível quando não contrariar a racionalidade do Direito do Trabalho, qual seja, valorização do trabalhador enquanto homem digno.

O Direito do Trabalho, ao se guiar pelo princípio de proteção ao trabalhador, adota o conceito de empresa como sujeito de direitos, e não de pessoa jurídica propriamente. Tendo-se em vista que o empregador é a organização de capital e trabalho, não é preciso invocar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. E, conseqüentemente, dispensa-se a comprovação de seus pressupostos. Essa sistemática própria se justifica pela importância alimentar do crédito trabalhista.

5 CONCLUSÃO

Diante do estudo depreendido de vários autores, conclui-se que a pessoa jurídica é um ente coletivo dotado de realidade distinta dos seres humanos, é sujeito de direito, destinatária de direitos e deveres próprios. Não se identifica com as pessoas que a compõem. Na necessidade de o homem suprir suas carências, a pessoa jurídica veio como figura indispensável. Como realidade pré-existente, é destinada para limitar a responsabilidade em relação às pessoas que lhe deram origem, a fim de realizar atividades socialmente relevantes que o indivíduo, sozinho, não atingiria.

A pessoa jurídica existe, portanto, em função de interesses socialmente relevantes. À medida que tal instituto é destinado a outras funções, não previstas pelo legislador, e sem conformidade com os valores do ordenamento jurídico, há uma crise de função. Desse modo, José Lamartine Corrêa de Oliveira assevera que a desconconsideração da personalidade jurídica viria a impedir esse abuso de direito.

A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica viria a proteger o instituto da pessoa jurídica. Analisada sua utilização no ordenamento jurídico pátrio, viu-se que a problemática não estaria no instituto, mas na aplicação dessa ferramenta. Sempre imperou a dúvida de quais requisitos seriam admitidos para se desconsiderar a personalidade jurídica. Nesse sentido, na ânsia de se estabelecer parâmetros à aplicação da teoria, adveio o artigo 50 do Código Civil.

Diante da análise da desconconsideração nos diversos campos do ordenamento e da crítica na sua utilização hodierna, sobretudo pelos que consideram pertinentes os pressupostos orientadores do Código Civil, verificou-se quão indevido e errôneo é o emprego da disregard of legal entity, sobretudo na seara trabalhista. Ignoram-se os requisitos, aplica-se a desconconsideração da personalidade jurídica sem critérios, desprezando-se o caráter excepcional da teoria em apreço.

Destacada a importância da desconconsideração da personalidade jurídica, presentes os pressupostos delineados pelo Código Civil de 2002, não haveria por que

se negar sua utilização na Justiça do Trabalho, desde que utilizássemos “todo o repertório de normas privatísticas” ²²⁵. Para se utilizar a teoria deve se perquirir a prova do abuso à personalidade da pessoa jurídica, evidenciada quando houver desvio da finalidade para a qual foi concebida a pessoa jurídica. Rechaça-se “a idéia de que haja ‘pressupostos para desconconsideração’, variáveis na medida em que variam as ‘pessoas jurídicas’ de que se cogita” ²²⁶. A teoria da desconconsideração deve ser aplicada com contornos, positivados estes pelo Código Civil de 2002, a fim de não cair num terreno de insegurança jurídica.

Embora o direito seja formado por normas e princípios entre si interligados, não se olvida de que há princípios e normas diversas e distintas que regem cada ramo do ordenamento jurídico, identificando as disciplinas como autônomas. Nessa esteira, levando-se em consideração o estudado, tem-se que o instrumento adequado para se perquirir o crédito trabalhista de natureza alimentar não é a teoria da desconconsideração.

Parte da doutrina e da jurisprudência tem como aplicável a teoria da desconconsideração no Direito do Trabalho, haja vista que se utilizam, quando houver lacunas nas leis trabalhistas, os preceitos civilistas. Dessa forma, havendo o artigo 50, na parte geral do Código Civil de 2002, automaticamente passaria este a reger a desconconsideração da personalidade jurídica na área trabalhista.

No entanto, não é aplicável o dispositivo em comento justamente porque as normas civilistas serão aplicadas em caso de omissão do texto da Consolidação das Leis do Trabalho, o que não ocorre no presente caso.

A Consolidação das Leis do Trabalho, conjugada aos princípios e previsões do Direito do Trabalho, possui mecanismos próprios para a persecução do crédito dos trabalhadores, dispensando a utilização da teoria em análise. Adota-se o conceito de empresa como sujeito de direitos, e não de pessoa jurídica propriamente ²²⁷. Tendo-se em vista que o empregador é a organização de capital e trabalho, não é preciso invocar a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica. E, conseqüentemente,

²²⁵ WALDRAFF, C. H. A empresa como Sujeito de Direito e a Incompatibilidade do Art. 50, do NCCB, com o Direito do Trabalho. p. 239.

²²⁶ JUSTEN FILHO, M. **Desconconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. p. 95.

²²⁷ Art. 2º, da CLT. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

dispensa-se a comprovação de seus pressupostos. Essa sistemática própria se justifica pela importância alimentar do crédito trabalhista.

De um lado há a autonomia patrimonial, destinada ao desenvolvimento econômico-social, que, ao limitar a responsabilidade, possibilita atender aos interesses do homem proporcionando o empreendedorismo; e de outro, a proteção de um crédito de natureza alimentar. Na discussão deste tema, o que interessa não é apenas o plano lógico de normas jurídicas, mas, sobretudo, a experiência do Direito. A sua eficiência prática. A responsabilidade do Judiciário vai além da mera sentença. O crédito de natureza alimentar garante a existência digna do homem trabalhador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

ALMEIDA, Amador Paes de. **CLT Comentada**: legislação, doutrina, jurisprudência. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2007.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord.). **Direito do Trabalho Contemporâneo**. Flexibilização e Efetividade. São Paulo: Ltr. 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr. 2006.

BERTOLDI, Marcelo M., RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 5. ed. rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

BARROS, Eduardo Bastos de. **Limitação de responsabilidade no direito societário brasileiro: origem, função e estrutura normativa**. Curitiba, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

HUBERT, Beno Frederico. **Desconsideração da pessoa jurídica nos tribunais**. Curitiba: JM. 1999.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 10ª Turma. Agravo de Petição 00021600-88.2008.5.04.0025. Relator: Des. Juíza Convocada: Rejane Souza Pedra. Julgamento em 16 de setembro de 2010. Disponível em <<http://www.trt4.jus.br>> Acesso em 27 de setembro de 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 10ª Turma. Agravo de Petição 0027500-51.2008.5.04.0381. Relator: Des. Milton Varela Dutra. Julgamento em 13 de maio de 2010. Disponível em <<http://www.trt4.jus.br>> Acesso 27 de setembro de 2010.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 10ª Turma. Agravo de Petição 0062000-59.2003.5.04. Relatora: Juíza Convocada: Rejane Souza Pedra. Julgamento em 11 de março de 2010. Disponível em <<http://www.trt4.jus.br>> Acesso em 27 de setembro de 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Recurso de Revista. TST-RR-13759/2002-007-09-00.8. Recorrente: Massa Falida da Companhia Estearina Paranaense e Recorridos SIM Consultoria e Sistemas S/C Ltda. E Reginaldo da Silva Paixão. Relator: Ministro Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Julgamento em 3 de junho de 2009. Disponível em www.tst.gov.br> Acesso em 13 de setembro de 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. TST-ED-AIRR-121240-72.2007.5.02.0472. Embargante: Maria Pia Esmeraldo Matarazzo e Embargadas: União e Indústria Matarazzo de Artefatos de Cerâmica Ltda. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda. Julgamento em 01 de setembro de 2010. Disponível em <www.tst.gov.br> Acesso em 23 setembro de 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. Recurso de Revista. TST-RR-536.697/99.9. Recorrente: MRS Logística S/A e Recorridos: Rede Ferroviária Federal S/A e Antônio Narciso dos Santos. Relator: Ministro Rider de Brito. Julgamento em 2 de agosto de 2009. Disponível em <www.tst.gov.br> Acesso em 13 de setembro de 2010.

CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. **Revista dos Tribunais**. v. 528. out. 1979.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. **Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. volume 2: direito de empresa. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Desconsideração da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**. 1989. p. 57

COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva. 1979.

_____. **Conceito da pessoa jurídica**. Tese apresentada ao concurso de livre docência de Direito Civil, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 1962.

COUTO SILVA, Alexandre. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 3. ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DALAZEN, João Oreste e DALLEGRAVE NETO, Ney (coord.). **Execução Trabalhista**. Estudos em homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen. São Paulo: Ltr, 2002.

EROS, Grau. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GOMES, Angela de Castro; PESSANHA, Elina G. da Fonte; MOREL, Regina de Moraes (orgs). **Arnaldo Süssekind, um construtor do direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

_____. **Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

GRUPENMARCHER, Betina Treiger. Responsabilidade Tributária do sócio e do administrador – nova sistemática. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. 14. vol. São Paulo: Dialética. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1987.

KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Pessoa jurídica: por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira hoje?. Monografia vencedora do Concurso de Monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira. In: CASTRO, Rodrigo Pironte Aguirre de (org). **Concurso de monografias prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira**. Curitiba : Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005. p. 10.

COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DONATO, Messias Pereira. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva. 1981.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 41 ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Do contrato de trabalho como elemento da empresa**. São Paulo: Ltr. 1993.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil – parte geral**. V. 1. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2006.

_____. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva. 1989.

_____. **Teoria Jurídica do Salário**. São Paulo: Ltr. 1994.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. São Paulo: LTr. 5ª ed. 2007.

PITTA, Daniel Schmidt. "Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro". **Jus Navigandi**. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7537>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Curso de Direito do Trabalho: contratos de Trabalho**. Tradução de João da Silva Passos. São Paulo: LTr. 1982.

_____. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 4ª tir. São Paulo: Ltr, 1978. 1996.

PRICE WATERHOUSE. **A Constituição do Brasil 1988 comparada com a Constituição de 1967 e comentada**. Departamento de Assessoria Tributária e Empresarial. São Paulo, 1989.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, a. 58, v. 410, dez./1969.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho comentada**. 37ª ed. atual. e rev. por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr. 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

SANTOS, Hermelino de Oliveira. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho**: diretrizes à execução trabalhista. São Paulo: LTr. 2003.

SOUZA, Gelson Amaro de. O salário como direito fundamental: revisão. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo, v. 20, n. 234, dez. 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et. al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. Vol. 1. 22. ed. Atual. por Arnaldo Süssekind e João Lima Teixeira filho. São Paulo: Ltr. 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar**. vol. I. São Paulo: Freitas Bastos S/A. 1960.

SZTAJN, Raquel. Desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 2.

TEODORO DA SILVA, Alexandre Alberto. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin. 2007.

TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3104>>. Acesso em: 17 de setembro de 2010.

VON ADAMEK, Marcelo Vieira. **Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas**. Saraiva, São Paulo. 2009.

WALDRAFF, Célio Horst. A empresa como Sujeito de Direito e a Incompatibilidade do Art. 50, do NCCB, com o Direito do Trabalho. In: José Affonso Dallegrave Neto e Luiz Eduardo Gunther (Coord.). **O impacto do novo código civil no direito do trabalho**. São Paulo: LTr. 2003.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos Sócios**: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações**. Diário Oficial, Brasília, 17 de dezembro de 1976.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União, Brasília, 9 de agosto de 1943.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 12 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Diário Oficial da União, Brasília, 9 de fevereiro de 2005.